



Dissertação para conclusão de Mestrado em Direito (1º semestre de 2016)

Orientador: Doutor Paulo Afonso Cavichioli Carmona

Aluno: Felipe Inácio Michetti Souza

Matrícula: 6160001-7

Prescrição e Pensão por Morte de Servidor:

Pretensão condenatória prescritível e o direito fundamental à previdência

Brasília – Distrito Federal
2018

Pelas oportunidades concedidas por Deus.

Resumo

A finalidade do trabalho é demonstrar que o tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial acerca da prescrição de pretensões de pensões por morte deve ter melhor sistematização. Isso porque foi observado uma divergência na aplicação concreta do instituto prescrição quando demandam o pagamento de pensão por morte. O problema identificado revela que a inércia de dependentes de servidor ocasionou a prescrição do “fundo de direito”, ao passo que a inércia de dependentes de segurados do regime geral ocasionou a prescrição de valores vencidos há mais de cinco anos da propositura da ação. O fundamento utilizado para o afastamento da prescrição das pretensões vinculadas ao regime geral está relacionado à natureza da pensão por morte e da Previdência Social em si. Mas esses fundamentos, a princípio, encontram aplicação isonômica também nas pretensões de dependentes de servidores públicos estatutários. A aplicação da prescrição da pretensão ao próprio direito de pensão por morte em demandas advindas do regime próprio deve ter tratamento semelhante ao que ocorre no regime geral. Afinal, não se pode ignorar a base constitucional do direito previdenciário e a necessidade de ordenamentos jurídicos serem um sistema. Mesmo assim, tendo em vista a natureza condenatória da pretensão à pensão, este trabalho expõe que a pretensão ao recebimento da pensão por morte deve ser declarada prescritível, independentemente da natureza dos regimes previdenciários. O efeito prático da divergência na aplicação concreta do Direito em espécie acarreta prejuízos na formulação de políticas públicas; pois, eventual falta de pagamento de pensões (mesmo que em razão da prescrição), tem o condão de potencializar a demanda por serviços públicos custeados pelos Estado.

Abstract

The purpose demonstrate that the legal, doctrinal and jurisprudential treatment regarding the prescription of death claims should be better systematized. This is because a divergence was observed in the concrete application of the prescription institute when they demand the payment of pension by death. The problem identified reveals that the inertia of dependents caused the prescription of the "fund of law", while the inertia of dependents of policyholders of the general regime caused the prescription of amounts overdue more than five years after the filing of the lawsuit. The basis used for the removal of the prescription of the claims linked to the general regime is related to the nature of the death pension and Social Security itself. But these foundations, in principle, find isonomic application also in the pretensions of dependents of statutory public servants. The application of the prescription of the claim to the right of pension by death in claims arising from the own regime must have similar treatment to that which occurs in the general regime. But these foundations, in principle, find isonomic application also in the pretensions of dependents of statutory public servants. The application of the prescription of the claim to the right of pension by death in claims arising from the own regime must have similar treatment to that which occurs in the general regime. After all, one can not ignore the constitutional basis of social security law and the need for legal systems to be a system. Even so, in view of the condemnatory nature of the claim to the pension, this work shows that the claim to receive the death pension must be declared prerequisite, regardless of the nature of the pension schemes. The practical effect of the divergence in the concrete application of the Right in kind causes damages in the formulation of public policies; because, if it is not due to the payment of pensions, it has the power to increase the demand for public services borne by the State.

Palavras chaves: 1 – Direito Fundamental; 2 – Fundo de direito; 3 – Igualdade; 4 – Jurisprudência; 5 – Pensão por morte; 6 – Políticas Públicas; 7 – Prescrição; 8 – Pretensão; 9 – Princípios da Previdência Social; 10 – Regime Geral de Previdência Social; 11 – Regime Próprio de Previdência Social; 12 – Segurança;

Sumário

INTRODUÇÃO	3
I – A VISUALIZAÇÃO, NEM SEMPRE FÁCIL, DA PRESCRIÇÃO EM UM CASO CONCRETO.	13
Pontes de Miranda: o direito sintonizado com os fatos sociais.	14
Miguel Reale: coordenação de Código Civil adequado ao mundo dos fatos.	20
A inércia temporal dos titulares de direitos subjetivos e a prescrição.	23
A prescrição vinculada à inércia em buscar a satisfação de uma pretensão.	27
A pretensão não se confunde com a ação.	28
A pretensão vinculada à exigibilidade	29
Contradição no reconhecimento da prescrição.	31
O âmbito da prescrição nas pretensões decorrentes da morte de servidor.	36
O Fundo de Direito e as parcelas sucessivas	38
A identificação da prescrição da pretensão relacionada ao “fundo de direito”.	41
A pensão por morte, em si considerada, forma um “fundo de direito”	51
O reconhecimento do próprio direito à pensão por morte se submete ao prazo prescricional do artigo 1º do Decreto-Lei nº 20.910/1932?	53
II – A BASE PREVIDENCIÁRIA DO REGIME GERAL E DO REGIME PRÓPRIO.	61
Breve apresentação história da previdência social.	61
A proteção de riscos sociais a partir dos princípios securitários e previdenciários	68
Para uma igualdade de riscos, uma igualdade de tratamento.	75
III – DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL: DIREITO SUBJETIVO INERENTES À DIGNIDADE DOS INDIVÍDUOS.	83
As dimensões de direito fundamental: dever de cumprir e de efetivar direitos.	86
Classificação de direitos fundamentais: especificidades marcadas por momentos culturais.	88
Os direitos fundamentais na Constituição da República de 1988.	90
Classificação dos direitos fundamentais na Carta de 1988.	91
As funções dos Direitos Fundamentais: o caminho para a aplicação da teoria sobre Direitos Fundamentais nos casos concretos.	95
A defesa contra arbitrariedades estatais.	96
A proteção de institutos jurídicos que possibilitam a vida social.	97
Garantia positiva de exercício de liberdades.	97

Direitos Fundamentais também são garantias institucionais.	98
A expressão “fundamentais” também relacionada a deveres de indivíduos.	98
As características dos direitos fundamentais.	100
Os direitos fundamentais não se limitam a pessoas naturais brasileiras.	103
Os limites presentes nos Direitos Fundamentais.	105
A relação entre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.	106
A prescrição da pensão por morte de servidor: ausência de violação à seguridade social e o direito fundamental à segurança	109
IV – A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E SEUS REFLEXOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS ESTATAIS.	115
A atuação judicial vinculada à consciência social e à justiça.	115
O desafio da solução jurídica mais adequada ao contexto social.	119
O papel do Judiciário na concretização de políticas públicas.	120
CONCLUSÃO	123
REFERÊNCIAS	128

Introdução

Ainda no início do curso de Direito, o universitário é apresentado ao complexo conceito de Direito (que não é objeto do presente trabalho), pois não é possível haver um profissional socialmente responsável e competente que seja incapaz de compreender a formação, o desenvolvimento, e a utilização de seu instrumento de trabalho.

Nessa parte da formação acadêmica jurídica, o universitário é apresentado a noção de que o Direito pressupõe um sistema de proposições normativas. Tanto assim que “Antes de se fazer o estudo de determinado campo do Direito, impõe-se uma visão de conjunto: ver o Direito como um todo, antes de examiná-lo através de suas partes especiais”¹. Ou seja, independentemente da finalidade do Direito (tema com muitas arestas passíveis de discussão), o jurista em formação inicia uma consciência de que as regras impostas à sociedade – apesar de seus diversos conteúdos – possuem homogeneidade que, nos dizeres de Lourival Vilanova, é advinda do caráter normativo a elas inerentes². A propósito, no livro “As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo”, esse autor relaciona à unidade do sistema jurídico a existência de uma Constituição positiva:

A unidade de um sistema de normas é decorrente de um superior fundamento-de-validade desse sistema – a Constituição positiva, ou, em nível epistemológico, a *Constituição em sentido lógico-jurídico*, ou seja, a norma fundamental. A *unidade* decorre da possibilidade também gnosiológica de se poder conceder todo o material jurídico dado *um só* sistema. No pluralismo de sistemas (estatais), cada sistema é sistema porque repousa num *único* fundamento-de-validade. O pluralismo de normas fundamentais corresponde a cada Estado, com sua morfologia política historicamente diversificada³.

Outro ensinamento jurídico de base é a impossibilidade de aplicar as normas – que formam um sistema ligados pela Constituição positiva – sem prévia interpretação de seus enunciados. Uma norma pode estar prevista em um texto gramatical muito claro de um artigo presente em um código (exemplo o artigo 121, *caput*, do Código Penal⁴),

1 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. E-book baseada na 27ª Edição, 11ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

2 VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. 4ª Edição. São Paulo: Noeses, 2010. p. 127.

3 *Ibidem*. p. 141-142.

4 “Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos”. (BRASIL, *Código Penal* (Decreto-Lei nº 2.848/1940). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acessado em: 06/03/2018).

porém a compreensão da norma jurídica a partir da simples redação do enunciado não deixa de passar por uma interpretação literal daquele que vai estudar, aprender, aplicar essa norma.

Considerando, então, a necessidade de normas jurídicas formarem um sistema, cuja unicidade é formada a partir das luzes emanadas pela Constituição positiva, forma-se uma premissa básica para o desenvolvimento do presente trabalho: na condição jurídica brasileira atual, a concessão de um direito subjetivo está vinculada à conformidade do direito positivo, que lhe dá suporte, à Constituição Federal de 1988.

Um dos direitos subjetivos regulados pelo Ordenamento Jurídico brasileiro é a pensão por morte. Sua conformidade com a Constituição positiva nacional é inconteste. Afinal, “a pensão por morte é o benefício [previdenciário] pago aos dependentes do segurado, homem ou mulher, que falecer, aposentado ou não, conforme previsão expressa do art. 201, V, da Constituição Federal”⁵, que assim dispõe:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º⁶.

Cabe, nesse momento, fazer um adendo. A redação contida no artigo 201, *caput*, da Constituição Federal de 1988 foi alterada pela Emenda Constitucional nº 20 de 1998. Originariamente, o texto escrito tinha o seguinte conteúdo: “Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:”⁷.

Ou seja, mesmo antes da reforma no texto constitucional, o Ordenamento Jurídico já contava com mais de um regime previdenciário. De fato, como será visto, a previdência no Brasil se desenvolveu abrangendo cada vez mais pessoas, sendo elas servidoras estatutárias ou não.

5 CASTRO, Carlos Alberto de; LAZZARRI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 817.

6 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/03/2018.

7 BRASIL, *Emenda Constitucional nº 20 de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em: 06/03/2018.

A existência de Regimes Previdenciários distintos no Brasil.

Antes de adentrar no reconhecimento ou não da aplicação da prescrição nas ações relacionadas ao direito à pensão por morte de servidor (apesar da existência de precedentes reconhecendo a imprescritibilidade de ações relacionadas a pensão por morte), chama-se a atenção para um fato que já era evidenciada na redação primitiva do artigo 201, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Não existe apenas um regime de previdência social no Brasil. Em verdade, há o Regime Geral de Previdência Social, que é a regra a ser aplicada aos segurados previdenciários, mas também há os Regimes Próprios de Previdência Social, os quais são destinados a determinadas classes de trabalhadores, que são os servidores públicos (sejam federais, estaduais ou municipais) vinculados a um estatuto.

A mudança legislativa ocorrida pela Emenda Constitucional nº 20 de 1988 não deslegitimou os regimes próprios de servidores públicos. Afinal, a pensão por morte é um benefício inerente à Previdência Social, que é um direito fundamental, inclusive contido na letra do artigo 6º da Constituição Federal de 1988:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Pois bem, exposta a possibilidade de coexistência de regimes previdenciários, cabe destacar outra peculiaridade. Existem pessoas que não estão incluídas – de qualquer forma – em regimes previdenciários.

A filiação⁸ de uma pessoa é obrigatória, desde que ela esteja inclusa nas hipóteses legais de segurado:

Deve-se dizer, ainda, que o trabalhador nem sempre está em condições de destinar, voluntariamente, uma parcela de seus rendimentos para uma poupança. Pode ocorrer – e ocorre, via de regra, nos países onde o nível salarial da população economicamente ativa é baixo – de o trabalhador necessitar utilizar todos seus ganhos com sua subsistência e a de seus dependentes, não havendo, assim, excedentes que possam ser economizados.

De outra vertente, pode ocorrer o que parcela da doutrina chame de “miopia social”, caracterizada pela ausência de prevenção acerca de suas necessidades econômicas futuras. Assim, o regime previdenciário,

8 “Filiação é o vínculo jurídico que se estabelece entre pessoas que contribuem como segurados para a Previdência Social e esta, vínculo este do qual decorrem direitos e obrigações (art. 20, *caput*, do Decreto n. 3.048/99).” CASTRO, Carlos Alberto de; LAZARRI, João Batista. *Op. cit.*, 2015. p. 189.

em regra, estabelece o caráter compulsório à filiação, a fim de que se evite o efeito danoso da imprevidência do trabalhador. [...].

Do caráter compulsório da vinculação jurídica do trabalhador à Previdência Social decorre que o *status* de filiado – segurado de um Regime de Previdência Social – é situação que independe de manifestação de vontade do indivíduo, quando este exerça qualquer atividade laborativa remunerada. Assim, além de compulsória, a vinculação jurídica, pela filiação, é automática, e se dá de imediato, com o exercício de trabalho remunerado⁹.

Em suma, trabalhadores brasileiros/estrangeiros serão considerados filiados ao Regime Geral de Previdência Social quando estão incluídos em uma das hipóteses normatizadas no artigo 11 da Lei nº 8.213/1991, que assim dispõe: “Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:”¹⁰. Pontua-se, também, não somente os segurados são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, mas também seus dependentes. A propósito, o art. 10 da Lei nº 8.213/1991: “os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social classificam-se como segurados e dependentes, nos termos das Seções I e II deste capítulo”¹¹.

Por sua vez, trabalhadores que são servidores públicos incluídos em algum estatuto jurídico serão filiados ao regime previdenciário determinado pela unidade federativa a que estão vinculados. Esse Regime Próprio de Previdência Social é regulado por lei e seus beneficiários serão servidores e correspondentes dependentes. No âmbito do serviço público federal, por exemplo, a base normativa está na Lei nº 8.112/1990.

Um paradoxo jurisdicional: na concessão de pensão por morte, os dependentes de servidores públicos não possuem tratamento igual aos dependentes de filiados do Regime Próprio de Previdência Social.

Embora haja o pressuposto de que um sistema jurídico de um Estado¹² deva corresponder a um sistema harmonioso e coerente – considerando a Constituição positiva

⁹ *Ibidem*, p. 22-23.

¹⁰ BRASIL, *Lei Ordinária nº 8.213/1991*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 06/03/2018.

¹¹ BRASIL, *Lei Ordinária nº 8.213/1991*, *Op. cit.*

¹² A ideia de Estado adota no presente trabalho corresponde ao conceito exposto por Paulo Bonavides em sua obra *Ciência Política*, após rechaçar a ideia de que o Estado deve exercer uma dominação dos mais fortes sobre os mais fracos. Com efeito, para definir Estado, Paulo Bonavides assim declarou: “Formulou-o Jekinek quando disse que o Estado ‘é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário e mando” (G. Jellineck, *Allegemeine Staatslehre*, 3ª Ed. *apud in*: BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 67.

como a pedra de toque de toda a interpretação sistêmica e lógica – a realidade pode demonstrar uma incongruência na aplicação das regras jurídicas.

Não se chama atenção à elaboração de regras incompatíveis com outras já vigentes. Esse tipo de conflito de normas já é regulado pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e merece um estudo aprofundado em trabalhos específicos. O foco agora apresentado está no problema que surge no mundo fático, quando um conjunto de regras e princípios constitucionais é aplicado de uma forma para determinados fatos e de outra forma a outros por uma circunstância que deveria ser irrelevante.

A aplicação do Direito em espécie já reconheceu a inexistência de prescrição¹³ à pretensão da pensão por morte de segurado no Regime Geral de Previdência Social. Pode-se observar esse fenômeno a partir da jurisprudência dos Tribunais, tal como é o Superior Tribunal de Justiça.

Como será demonstrado no curso do trabalho, notou-se a formação de uma declaração capaz de determinar que somente os valores relacionados às prestações vencidas há mais de cinco anos da propositura de uma ação judicial estarão prescritos.

Logo, o prejuízo suportado pelo beneficiário de segurado do Regime Geral da Previdência Social nesse caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça se resumiu na definição do valor total que teve receber.

Tendo em vista a realidade prática, este trabalho contará com um capítulo exclusivo para prescrição (além da exposição das bases normativas e principiológicas que regem tanto o Regime Geral quanto o Regime Próprio de Previdência). Isso porque a definição do instituto é necessária para viabilizar as condições necessárias para enxergar que a discussão sobre um direito subjetivo pode estar fundada em questões muito próximas, mas distintas (e com resultados diferentes). Pode ocorrer que o objeto controvertido esteja na formação de um direito subjetivo (pensão por morte), na modificação dos termos desse direito, ou no recebimento de valores decorrentes desse direito.

13 “Como somente os direitos subjetivos estão sujeitos a serem lesados, somente eles estão sujeitos à prescrição. Podemos afirmar que da lesão nasce a pretensão, iniciando-se, assim, a prescrição. Ou dito de outro modo: prescrição pressupõe pretensão que pressupõe lesão a direito subjetivo”. (OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. Curso de Direito Civil. V. 1. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1.073).

Voltando à situação em que o direito subjetivo é declarado/constituído, ao passo em que não se observou a ausência da prescrição da pretensão ao direito à pensão por morte no Regime Geral de Previdência Social, a prática forense já reconheceu a prescrição da própria pretensão da pensão por morte devida a dependente de servidor público estatutário. Para tanto, basta o ajuizamento da ação ocorrer depois de cinco anos de eventual negativa de pagamento desse benefício, tal como já decidido, por exemplo, pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça na análise do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.359.037/PB¹⁴.

Convém mencionar que a declaração de prescrição nas ações em que se busca a constituição do direito de pensão por morte de servidor não é um fenômeno que acontece apenas no Superior Tribunal de Justiça. Como exemplo, chama-se atenção para o julgamento da Apelação Cível nº 0024983-81.2016.8.07.0018, proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, cujos termos serão objeto de exame no transcorrer do trabalho.

Ademais, não há parâmetros totalmente delimitados nem mesmo dentro do Tribunal responsável pela interpretação do Direito Federal. Basta notar que o resultado indicado no precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça nem sempre é observado. Exemplo dessa incoerência são os julgados proferidos no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 675.513/RS¹⁵.

Porém, também é necessário citar o julgamento da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.429.237/MA (cujos fundamentos estarão analisados em capítulo próprio), que, a despeito do resultado da orientação da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, afasta, por completo, a prescrição da pretensão ao direito de benefício de pensão por morte de servidor¹⁶.

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1.359.037/PB*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41420927&num_registro=201202678866&data=20150416&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 675.513/RS*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=48672075&num_registro=201500573958&data=20150805&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

16 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. *AgRg no REsp 1.429.237/MA*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5>>.

Por hora, o que se observa é que a prática forense declara a inexistência da prescrição da pretensão ao próprio benefício previdenciário do Regime Geral da Previdência Social, mas também admite – em algumas hipóteses – o reconhecimento da prescrição da pretensão ao direito de pensão por morte quando os titulares desse benefício encontram suporte no Regime Próprio de Previdência Social. Porém, há de se destacar que esse último posicionamento não é unânime porque há precedente isolado em sentido contrário.

Eis, então, o problema na realidade jurídica: se a jurisprudência reconhece a imprescritibilidade da pretensão ao direito de pensão por morte garantida aos dependentes de filiados do regime geral, por que, então, não torna imprescritível a pretensão ao direito de pensão por morte também para os dependentes de servidores públicos? Será que a base normativa exclusiva do Direito Administrativo e do Direito Previdenciário permitem essa distinção? Acredita-se que a resposta a essas questões está na Constituição da República de 1988 e na compreensão dos seguintes institutos: I) pretensão; II) prescrição; III) direito fundamental; IV) regimes previdenciários; V) isonomia; e VI) segurança.

Como será demonstrado, o trabalho adotará a possibilidade de uma entidade se posicionar na condição de exigir uma ação ou omissão de outra parte como noção de pretensão. A seu turno, será explicado que a noção de prescrição não estará relacionada a uma perda de ação ou do direito material em si considerado, mas sim a perda da própria pretensão. Por sua vez, reflexões teóricas serão apresentadas para ter-se direitos fundamentais como direitos subjetivos, cuja titularidade não se resume a indivíduos, de observação necessária por todos (inclusive o Estado) que servem de base para a formulação e interpretação de normas jurídicas por estarem relacionados a concretização da dignidade da pessoa humana.

A noção de regime previdenciário também será importante, pois o leitor deve compreender que o Direito Previdenciário trata de riscos sociais comuns aos trabalhadores em modo geral. Ocorre que não é possível a existência de um único regulamento para todos porque as atividades laborativas possuem peculiaridades. Por exemplo, apesar de um servidor estatutário sofrer praticamente os mesmos riscos sociais

de um empregado celetista quando do evento morte; reconhece-se que aquele, além de estável, tem atividade envolvida em um dever público.

A importância de considerar a isonomia como uma norma, um princípio e um postulado, como explicado por Humberto Ávila também será apresentada. Tem-se, para fins desse trabalho, que a isonomia é um postulado de justiça capaz de justificar um tratamento diferenciado a partir das diferenças reais. Com isso, observará em que medida a existência de regimes previdenciários poderá justificar um tratamento diferenciado na concessão de pensão por morte.

Na parte final, será ressaltada a importância da noção de segurança jurídica. Não se busca desenvolver o conceito presente no artigo 6º, *caput*, da Constituição da República de 1988, que se refere ao direito fundamental social relacionada ao sentimento de proteção contra crimes. O foco será a compreensão da importância de se ver, na prescrição, um forte mecanismo de pacificação. Afinal, segurança reflete uma estabilização de relações jurídicas, de tal modo que se passa a evitar riscos à continuidade de atividades do devedor por simples receio de um agir inesperado do credor.

Benefícios previdenciários sem múltiplas naturezas. A igualdade entre dependentes de servidores públicos e de segurados do Regime Geral de Previdência Social perante o Poder Público no requerimento de pensão por morte.

A natureza do vínculo entre servidor e a Administração não é contratual, mas sim jurídico-administrativa. As atribuições e obrigações a serem entregues ao profissional servidor estão previstas em lei. A remuneração e demais direitos desse profissional também formam uma questão legal. Por sua vez, um empregador concretiza um contrato de trabalho com seus empregados. As atribuições de cada uma das partes passam por um ajuste entre as partes, ressalvadas as obrigações legais. Logo, da mesma forma que trabalhadores avulsos não são iguais aos empregados celetistas, servidores públicos não são iguais aos empregados celetistas.

Porém, a morte da pessoa inscrita em algum regime de previdência é o fato que confere substância à pensão por morte. O falecimento consolida um dos riscos sociais protegidos pelo direito à previdência social.

Observa-se que a pensão por morte não tem – absolutamente – nenhuma razão direta com o Direito Administrativo ou com o Direito do Trabalho, mas sim com o próprio Direito Previdenciário. Independentemente de vínculo jurídico-administrativo ou de

relação contratual, os dependentes de um servidor ou de um empregado arcam com as consequências do falecimento daquele que gerava riqueza familiar. Então, a natureza da pretensão do direito à pensão por morte dos dependentes de servidores é a mesma da pretensão manifestada por dependentes de empregados.

Por isso, as premissas jurídicas gerais inerentes ao direito de pensão por morte de um empregado devem estar presentes na concessão da pensão aos dependentes de um servidor público. Eles são, antes de tudo, seres humanos e a ordem constitucional pressupõe a interpretação jurídica a partir do princípio da isonomia¹⁷, que impede a criação de normas que desequipara situações advindas de um mesmo núcleo social ou de sentenças favorecem a criação de desigualdades desproporcionais. A propósito:

A igualdade constitucional mais do que um direito é um *princípio*, uma *regra de ouro*, que serve de diretriz interpretativa para as demais normas constitucionais.

[...]

Como limite ao legislador, a isonomia impede que ele crie normas veiculadores de desequiparações ilícitas e inconstitucionais.

Enquanto limite à autoridade pública, os presidentes da República não podem praticar ações discriminatórias e os membros do Poder Judiciário não devem dar azo, em suas sentenças, ao candro da desigualdade. Daí os mecanismos de uniformização da jurisprudência tanto na órbita constitucional (recursos extraordinário e ordinário) como na infraconstitucional (leis processuais)¹⁸.

Os efeitos práticos da distinção jurisdicional entre dependentes de servidores e dependentes de segurados do Regime Geral de Previdência Social.

A citação dos precedentes jurisprudenciais evidencia a existência de diversos casos em que a pretensão ao direito de pensão é resistida pelo Estado por ele entender a ocorrência da prescrição.

Além disso, todo ser humano falece. Há impossibilidade de determinar o seu momento futuro, mas é certo que a morte vai acontecer para os seres humanos.

Considerando a salvaguarda de infortúnios como uma das finalidades do Direito Previdenciário, sempre haverá ações judiciais nas quais particulares irão requerer

17 Nos dizeres de Uadi Lammêgo Bulos: “O princípio da igualdade, isonomia, equiparação ou paridade, consiste em quinhonar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade”. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 554).

18 *Ibidem*. p. 560.

o pagamento de pensão por morte e o Estado, por sua vez, irá resistir à pretensão a partir da prescrição da própria pretensão ou de parcelas referentes à pensão.

Esse trabalho tem, pois, a finalidade de: I) expor as bases normativas comuns entre o Regime Geral e o Regime Próprio de Previdência Social; II) entender as razões que levaram a existência de precedentes em que há declaração de imprescritibilidade de benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social; e III) sugerir qual seria o melhor entendimento normativo sobre a noção de prescrição da pretensão ao direito à pensão por morte de servidor.

Afinal, o delineamento dos limites da pretensão por morte tem que ser efetivado no mundo jurídico para que não existam incongruências práticas e que o Ordenamento Jurídico possa, então, ser verdadeiramente um sistema lógico.

I – A visualização, nem sempre fácil, da prescrição em um caso concreto.

A declaração de prescrição pode ensejar dúvidas apesar das disposições legais que lhe são pertinentes. De fato, como será observado, a prática jurídica ainda enfrenta complicações na sistematização de parâmetros capazes de delimitar as hipóteses em que é possível visualizar a inércia como fato ensejador de prescrição. O objeto do trabalho é um exemplo.

Por vezes, a aplicação da norma jurídica adequada ao fato pode se tornar uma tarefa árdua justamente pela existência de diversos enunciados normativos contidos em leis promulgadas em momentos históricos diferentes, tais como o Código Civil de 2002 e o Decreto-Lei nº 20.910/1932.

Ora, a declaração da prescrição ao recebimento da pensão por morte de servidor, a princípio, encontra amparo nas disposições literais contidas no artigo 1º do Decreto-Lei nº 20.910/1932, uma vez que essa Lei determina que todo e qualquer direito prescreve em cinco anos do ato ou fato do qual se originam¹⁹.

Todavia a interpretação literal não prevalece sobre a interpretação sistemática do Ordenamento Jurídico. Como a norma base do Direito brasileiro é a Constituição da República de 1988, todas as disposições do Decreto-Lei nº 20.910/1932 só podem ser aplicadas ao fato social se passarem pela régua da Carta de 1988. Isso não quer dizer a inconstitucionalidade do artigo 1º do Decreto-Lei nº 20.910/1932; mas sim, em casos onde pode haver uma aparente incompatibilidade entre esse dispositivo e preceitos constitucionais, que ele deve ser compreendido a partir do princípio da interpretação conforme a Constituição²⁰.

Com efeito, a declaração da prescrição, como um resultado de mérito em uma demanda, está associada à noção de segurança jurídica e de inércia do titular de uma pretensão. A partir da preocupação intelectual responsável e honesta de Pontes de

19 BRASIL. *Decreto-Lei nº 20.910/1932*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm>. Acesso em: 06/03/2018.

20 “Modernamente, o princípio da interpretação conforme passou a consubstanciar, também, um mandato de otimização do querer constitucional, ao não significar apenas que entre distintas interpretações de uma mesma norma há de se optar por aquela que a torne compatível com a Constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se orienta para a Constituição ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte.” (BRANCO, P. G; COELHO, I. M.; MENDES, G. F. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 180/181).

Miranda e de Miguel Reale, é possível verificar que essa constatação curta e, aparentemente, simples, guarda uma evolução doutrinária e um acerto legislativo complexos. Isso porque ambos doutrinadores (e filósofos) procuraram apresentar premissas jurídicas adaptáveis às mudanças sociais, o que nem sempre é fácil de fazer no âmbito do Direito Objetivo.

Logo, o primeiro objeto do presente capítulo visa promover, através da linha de pensamento desses doutrinadores, um amadurecimento do leitor sobre as premissas jurídicas atinentes à prescrição. Isso será útil para a compreensão do segundo objeto desse capítulo, em que haverá demonstração de que dentro de um contexto fático poderá surgir mais de uma pretensão.

Esclarecimento: em regra, o efeito prático do provimento das ações relacionadas com a pensão por morte é o recebimento de quantias mensais. Contudo, essas demandas não precisam ter o mesmo foco. Em algumas, o próprio direito à pensão deverá ser declarado; em outras, se quer a reforma dos termos em que ela foi concedida reforma; já em outras, apenas se buscará o pagamento de quantias de um direito de pensão já reconhecido.

Justamente para facilitar a visualização do objeto central da demanda e, consequentemente, para que se evite contradições na prática jurídica. Se faz necessário o amadurecimento do que vem a ser prescrição. Neste trabalho, escolheu-se construir o conceito de prescrição a partir de dois gigantes juristas brasileiros: Pontes de Miranda, por ter explicações precisas sobre pretensão; e Miguel Reale, responsável pela formação do Código Civil de 2002 (diploma em que estão as disposições gerais sobre prescrição).

Pontes de Miranda: o direito sintonizado com os fatos sociais.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda²¹ se torna conhecido por todos os juristas brasileiros já nas primeiras aulas do curso de graduação de Direito como Pontes de Miranda.

21 “Pontes de Miranda nasceu aos 23 de abril de 1892 no Engenho do Mutange, nas proximidades de Maceió (AL). Disse a respeito de seu nascimento prematuro: ‘Nasci com menos de seis meses de gestação. Os médicos, tampouco meus pais, acreditavam na minha sobrevivência. Naquela época não havia incubadora; vivi entre algodõezinhos e cuidados excessivos de minha mãe’” (PENTEADO, Jaques de Camargo; RUFINO, Almir. Gasquez. *Grandes Juristas Brasileiros*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 257). Ademais, faleceu no dia 22 de dezembro de 1979, às 07 horas e 30 minutos, com 87 anos (PAULA. Edycléia Tavares Nogueira de. *Pontes de Miranda*:

Tendo em vista o contexto social brasileiro atual, em que a região Nordeste não é a mais desenvolvida do país, é causa de orgulho nacional o fato de um dos maiores pensadores brasileiros²² ter nascido em Alagoas, no ano de 1892, e ter formação influenciada na Faculdade de Direito do Recife²³.

Um grande expoente brasileiro²⁴, nota-se, da leitura de seu trabalho, uma escrita objetiva – que muitas vezes não se encontra em autores mais modernos – capaz de tornar mais precisa a premissa que se propôs explicar. Com efeito:

A objetividade com que Pontes de Miranda procurou esboçar as origens e evolução do Direito nacional foi decorrido um lustro da publicação do Sistema, a mais séria tentativa para exemplificar a aplicação dos grandes princípios universais que fundamentam a moral, a Política, o Direito, a Economia, a Arte e a Ciência, consideradas coo produtos essenciais do processo de convivência humana. Com tal mira, discerniu as vertentes fundamentais no processo geral: o empirismo e o apriorismo, isto é, a intuição do Real nas formas casuísticas da empiria; o racionalismo, a crescer das fases perceptivo-sensoriais, nos processos dedutivos, de onde fluíram as direções escolástico-especulativas; e a indução científica, abrangendo aqueles processos fundamentais na integração de um só método de explicação da Natureza, da Sociedade e do Universo²⁵.

Uma das questões mais importantes na aplicação do Direito aos fatos sociais está na certeza de que o Direito não tem a capacidade de prever em lei estrita²⁶ todas as hipóteses possíveis de acontecimentos que podem ocorrer nas relações interpessoais²⁷, tal

perfil de um cientista. *In*: Revista da Procuradoria-Geral da República. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 1. Out / nov. / dez. 1992. p. 156).

22 Além de advogado, Pontes de Miranda foi delegado, juiz de direito e embaixador. Só não foi ministro do Supremo Tribunal Federal por ter recusado a cadeira. A propósito, PENTEADO, Jaques de Camargo; RUFINO, Almir. *Gasquez. Op. cit.* p. 286/287.

23 LIMONGI, Dante Braz. *O Projeto Político de Pontes de Miranda: Estado e Democracia na Obra de Pontes de Miranda*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 1.

24 “Pontes de Miranda não fazia da ciência jurídica um compartimento estanque, não se isolava no Olimpo. Mantinha-se, ao contrário, sensível e atento ao que se passava em seu derredor, no país e no mundo. Longe de ser um alienado, nada do que era humano ou social lhe era estranho, indiferente.” (BOMFIM, Benedito Calheiros. *A Visão Prospectiva do Direito na Obra de Pontes de Miranda*. *In*: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém: Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. v. 35. n. 69. Jul./Dez. 2002. p. 101).

25 MENEZES, Djacir. *Pontes de Miranda e a Evolução do Direito Brasileiro*. *In*: MATTOS, Heraldo de Souza (org.). *Perfis Biográficos*. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, 1997. p. 432.

26 “A expressão ‘lei jurídica’ pode ser empregada em dois sentidos diferentes. Um, restrito, é equivalente a lei escrita; nesse sentido, ‘lei’ (direito escrito) opõe-se ao ‘costume jurídico’ (direito não escrito). Em outra acepção, ampla, o vocábulo ‘lei’ abrange todas as normas jurídicas: lei escrita, costume jurídico, jurisprudência etc.” (MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 4ª Edição em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Capítulo 10).

27 “Podem existir lacunas na lei, mas não no sistema jurídico, porque este possui outras fontes, além dos textos legais, e, por isso, fornece ao aplicador do direito elementos para solucionar todos

como pode ocorrer, por exemplo, na verificação de prescrição de pretensões. Porém, isso não significa que o Direito seja uma formulação humana inábil para socorrer conflitos sociais.

Quanto à explicação sobre o desafio lógico de argumentação jurídica para fins de elucidação das lacunas presentes na letra a lei fria, Djacir Menezes apontou a importância de Pontes de Miranda já na explicação dos enunciados normativos da Lei de Introdução²⁸.

Além de expor a metodologia objetiva de Pontes de Miranda, Djacir Menezes reconheceu uma postura pioneira na exposição sobre o que vem a ser o Direito. Com efeito, esse autor declarou que, antes de Pontes, o último impacto na metodologia do ensino jurídico foi dado por Tobias Barreto²⁹. Mas atribuiu ao Pontes a iniciativa de falar da causalidade social através da metodologia das ciências físico-matemáticas (tal como mecânica). A esse respeito, asseverou:

De sua pena, fluíam com familiaridade os nomes de Mach, de Petzoldt, de Boltzmann, de Hertz quando buscava ilações do ponto-de-vista da causalidade social. [...]. Creio que foi o primeiro a falar entre nós nos princípios geométrico-sociais (espaciologia), no não-euclidianismo do *continuum* onde imerge a fenomenologia social, no princípio de simetria como nova versão da causalidade em interpretações sociológicas, no princípio de simetria como nova versão da causalidade em interpretações sociológicas, no princípio do insulamento dos sistemas, no princípio da diminuição do *quantum* despótico, da dilatação dos círculos sociais e da crescente estabilidade como expressão da evolução da justiça, - todos eles marcados com o sinete da metodologia das ciências físico-matemáticas³⁰.

os casos. Na omissão da lei, cabe-lhe encontrar ou mesmo criar uma norma especial para o caso concreto. Trata-se, então, não apenas, propriamente, da ‘interpretação’ de uma norma preexistente, mas de ‘integração’ de uma norma no ordenamento jurídico”. (*Ibidem*. Capítulo 12). 28“Nesse lanço de gnosiologia jurídica, partindo do princípio da plenitude lógica do direito, faz Pontes de Miranda notáveis reflexões à margem dos escritos de Rich Jung, Zitelmann e Ehrlich, como ainda ninguém havia produzido entre nós. Os artigos 4 e 5 da Lei de Introdução do Código Civil brasileiro [a designação atual dessa Lei é “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/1942] põem aos estudiosos o problema das lacunas ante a obrigatoriedade do juiz de decidir. A lacuna é legal, pois o direito não deixaria vazios no processo vital da convivência humana, senão partindo de premissas do positivismo jurídico. A tese, indispensável na teoria das fontes, tem o estratagema de cunho racional, com a invocação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito. (MENEZES, Djacir. *Op. cit.* p. 433).

29 “Ao tempo em que escreveu a obra sobre sociologia [Sistema de Ciência Positiva do Direito], tal matéria raramente era tratada nos meios jurídicos, herança, em grande parte, da poderosa influência de Tobias Barreto, que menosprezava e negava à sociologia o caráter de ciência social”. (BOMFIM, Benedito Calheiros. *Op. cit.* p. 102).

30 MENEZES, Djacir. *Op. cit.* p. 434.

Ainda sobre o pioneirismo do jurista brasileiro, Djacir Menezes pontuou a capacidade técnica de Pontes de Miranda de impugnar as linhas argumentativas europeias sobre o que se denominava “direito vivo”. Segundo o autor, esse pensamento via a necessidade de o direito tornar-se livre de chancela estatal, tal como se libertou da chancela sacra. Esse pioneirismo está no fato de existir um jurista brasileiro capaz de debater sobre a relação entre Direito e o Estado³¹, com base em informações literárias e filosóficas³², já na década de 1920.

Observa-se que, na visão de Pontes de Miranda, o Direito, em si considerado, faz parte das relações sociais. Sobre esse ponto, Limongi afirma que a forma pela qual Pontes de Miranda apresenta a efetivação do Direito ocorre em três etapas. A primeira é a fase em que o exercício do Direito depende do uso da força estatal; a segunda é a fase em que apenas a demonstração da existência de força basta para a implementação do Direito; por sua vez, a terceira, aduz que as normas fazem parte naturalmente dos movimentos e da estrutura da sociedade, de tal modo que não precisam estar em códigos. Mas, para que esse movimento ocorra de modo adequado, Pontes de Miranda se preocupa que a lei seja criada a partir dos fatos da vida e das relações sociais. Ou seja, as normas devem surgir a partir de um processo de observação, não de uma forma impositiva. Com efeito, “deve-se procurar a espontaneidade, e não o artificialismo, que ‘as formas correspondam ao processo morfogênico, que a política acompanhe o curso das realidades’”³³.

Ainda sobre as ponderações acerca da obra de Pontes de Miranda, há mais um aspecto metodológico relevante desse jurista apresentado por Djacir Menezes. Trata-se da forma como deveria ser a evolução do pensamento jurídico. Apesar de sua visão ser consequência da exposição lógica de preenchimento de lacunas do Direito, Pontes de Miranda deixa clara a necessidade de extirpar as nocividades do regionalismo através de

31 “Pontes de Miranda oferece-nos um conceito de Estado como sendo o conjunto de todas as relações entre os poderes públicos e os indivíduos, ou daqueles entre si. Pesquisar a sua origem parecia-lhe desnecessário; para ele o Estado é algo tão natural que justificá-lo equivale a justificar a espinha dorsal, as penas dos pássaros a comprovar um fato biológico. ‘Fato social, o Estado surge quando os fatos o edificam, e em verdade não o edificam de uma vez e com todas as peças, mas à medida que a consciência de dirigir apreende a possibilidade de melhorar e fortalecer a sociedade, o grupo, pela intervenção da inteligência e pela direção dos sentimentos’. A necessidade de fortalecimento do grupo terá servido de motivação para que os primitivos escolhessem uma liderança, uma direção.” (LIMONGI, Dante Braz. *Op. cit.* p. 140).

32 MENEZES, Djacir. *Op. cit.* p. 435.

33 LIMONGI, Dante Braz. *Op. cit.* p. 48.

uma democratização do Direito³⁴, capaz de valorizar uma maior estabilidade em detrimento às situações despóticas³⁵.

Ora, “a proclamação da República, que no dizer de Pontes de Miranda ‘foi parada de força, para que se mudasse o figurante principal sem se mudar o elenco’, contou com a participação de liberais e positivistas que cedo disputaram a liderança do governo.

[...]

Prevaleceram os liberais, ainda que a Constituição de 1891 tenha contado com contribuições das duas correntes. Mas o próprio Pontes de Miranda, positivista e origem, comenta a participação dos comtianos na Assembleia Constituinte dizendo que ‘a despeito da brilhante geração brasileira no final do Império, não conseguiu o positivismo inserir-se na Constituição de 1891, salvo no que traduzia o fluxo mesmo da evolução humana. Eliminou-se, nas votações, tudo que constituiria atitude dogmática³⁶.

Importante salientar um íterim feito por Djacir Menezes na tratativa da democratização jurídica³⁷. Com efeito, ao tratar da forma realista de Pontes em ver as coisas, o autor fez crítica às construções abstratas da jurisprudência³⁸, que seriam uma “blindagem de despotismo racionalista, hipócrita e escolástico”. A propósito:

As construções abstratas da jurisprudência de conceitos³⁹ (*Begriffsjurisprudenz*) são a blindagem espiritual do “despotismo racionalista,

34 Deve-se lembrar que Pontes de Miranda observou os primeiros passos da fase republicana brasileira. Nas três primeiras décadas do Século XX não houve mudanças significativas na participação social no processo governamental. Com efeito: “o sufrágio, restrito e desprovido de sigilo, não produziu mudanças substanciais no quadro político e geral do país. Embora o número de eleitores tenha aumentado até 400% sobre o eleitorado do tempo do Império, o incremento pouco significativo em relação ao total da população. É que ficavam de fora as mulheres e os analfabetos. [...]. Muito cedo surgiu um sentimento geral de desapontamento com as promessas da República. O poder continuava nas mãos dos ruralistas, dos comerciantes e de seus aliados; ascendiam à posição de proeminência os cafeicultores e seus clientes. O *coronelismo* se fortificara amparado no federalismo e na maior autonomia dos municípios presentes na Constituição de 1891”. (LIMONGI, Dante Braz. *Op. cit.* p. 15).

35 MENEZES, Djacir. *Op. cit.* p. 437/438.

36 LIMONGI, Dante Braz. *Op. cit.* p. 16/10.

37 “Cabe aos legisladores, aos juizes, aos cientistas do direito, a revelação do direito; mas não só a eles: a revelação do direito é e deve ser livre, conforme o que denomina de ‘lei de democratização dos processos de revelar o direito. ‘A revelação do direito é livre’. É a isso que devemos chegar, como acontece na Física, na Química na Biologia, etc.” (*Ibidem.* p. 49/50).

38 Quanto à visão de Pontes de Miranda sobre o papel dos juizes, Limongi afirma que o juiz é um aplicador do Direito, mas não o exclusivo (tendo em vista que os outros Poderes também são pautados pela aplicação do Direito). Em verdade, segundo o autor, Pontes de Miranda reconhece a possibilidade de uma decisão *contra legem*, desde que assim faça conforme o Direito. Além disso, o autor defendeu que a justiça deve ser apolítica na visão de Pontes, mas que não seria possível exigir que as leis sejam despolitizadas e que “quando as leis são de caráter político, diz ele [Pontes de Miranda], cabe à Justiça ‘interpretá-las e aplicá-las como são, isto é, políticas. Isso não é fazer Justiça política’” (*Ibidem.* p. 160).

39 “O que tudo indica que Pontes de Miranda quis dizer - e nisso há que ter a concordância dos juristas modernos, que assimilaram a evolução do direito - é que o juiz não é um reproduzidor da

hipócrita e escolástico”, onde vai se refugiar o novo espírito burguês e parasitário, operando a dissolução daquele sonho Sofocrático que tem ressaibos de platonismo. Muito mais perto da ciência andaria o realismo aristotélico, no espantoso experiencialismo indutivista que domina as Política, com a análise das 154 constituições⁴⁰.

Nota-se da argumentação exposta um viés positivista no pensamento jurídico de Pontes de Miranda, em que se buscava a ideia de ciência unificada. De fato, “do ponto de vista filosófico diz-se que Pontes de Miranda se iniciou como *naturalista*, para depois se notabilizar como expoente, no Brasil, do *positivismo lógico*, ou *neopositivismo*, desenvolvido pelo *Círculo de Viena*”⁴¹.

Há de se compreender que Pontes de Miranda – um cidadão que defende a existência do Direito a partir das realidades sociais e não da ideia artificial criada por representantes de uma classe dominante – tinha uma inclinação à visão socialista. De fato, Pontes de Miranda lançou em 1933 um estudo intitulado “Anarquismo, Comunismo, Socialismo”, sendo que “o livro contém forte crítica do individualismo capitalista, o qual, com sua economia anárquica, com os *trusts* e os cartéis, mostrava-se incompatível com a organização superior da vida”⁴²⁻⁴³.

Não é possível eliminar, em decreto, desigualdades que o tempo fez, mas é possível estabelecer o ininterrupto propósito de reduzir, sistematicamente, tais desigualdades.... É preciso liberar o Estado: fazê-lo órgão, não do capitalismo, mas de todos como seres iguais, por conseguinte – dos que trabalham; transformá-lo no instrumento, que promove e realiza...⁴⁴

Para fins de compreensão desse capítulo: toda argumentação jurídica que será exposta a partir do trabalho de Pontes de Miranda terá, por finalidade, lembrar que o

lei, um mero aplicador da norma, mas sim, acima de tudo, um produtor do justo e da justiça, ainda que em desconformidade com o texto legal” (BOMFIM, Benedito Calheiros. *Op. cit.* p. 106).

40MENEZES, Djacir. *Op. cit.* p. 437.

41LIMONGI, Dante Braz. *Op. cit.* p. 31.

42 *Ibidem.* p. 98/99.

43 “O autor [Pontes de Miranda] vinha de um relacionamento de vários anos com os socialistas brasileiros, a principiar pelos intelectuais e políticos que fundaram, em 1919 a Liga Socialista e, em 1º de maio de 1925, o Partido Socialista do Brasil. Em 1921 havia sido lançada no Brasil a revista *Clarté* e Pontes de Miranda se encontrava entre os colaboradores da publicação. Entre os fundadores do Partido Comunista estavam Evaristo de Moraes e Luís F. S. Carpeneter. Pouco antes da Revolução de 1930 organizou-se a Frente Unida das Esquerdas que se propunha a, entre outras coisas, apresentar um projeto de nova constituição para o Brasil. E para cuidar da redação do texto formou-se, então, uma comissão de juristas notáveis, da qual faziam parte Evaristo de Moraes, Luís F. S. Carpeneter, Edgardo de Castro Rebelo e Pontes de Miranda.” (*Ibidem.* *Op. cit.* p. 99).

44 MIRANDA, Pontes de. *Anarquismo, Comunismo, Socialismo.* p. 116/117. *Apud in:* LIMONGI, Dante Braz. *Op. Cit.* p. 103.

Direito não pode ser interpretado em desassociado com a realidade fática. Afinal: “Pontes não tolera que se reduza a Ciência do Direito à chamada teoria pura do direito, isto é, do direito possível. O Estado, para ele não é ‘um criador arbitrário do direito; é apenas um meio, perfectível, não-exclusivo, de revelação de normas jurídicas.”⁴⁵ Logo, a argumentação jurídica a seguir deverá servir para melhor solução das controvérsias relacionadas à prescrição.

Miguel Reale: coordenação de Código Civil adequado ao mundo dos fatos.

Miguel Reale⁴⁶, jurista e filósofo, também foi um grande brasileiro⁴⁷ que faleceu aos 95 anos de idade em 2006. Além de ter visto a promulgação do Código Civil de 2002 (do qual foi presidente da comissão), foi capaz de influenciar todas as áreas do Direito a partir da teoria tridimensional do Direito. A esse respeito:

No âmbito da Teoria Geral do Direito, a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale veio possibilitar uma visão dinâmica das questões a serem enfrentadas, como o modelo jurídico oferecido pela unidade sintética *fato, valor e norma*, ampliando o campo das investigações nessa área jurídica. As questões por ele estudadas, como a imperatividade, a coercibilidade atributiva das normas jurídicas, o problema das lacunas do direito, a sua concepção de proposições normativas, vieram possibilitar a revisão teórica das explicações sobre o direito positivo, a sua validade e a sua eficácia⁴⁸.

Esse jurista reconheceu uma evolução nos paradigmas da filosofia do direito brasileira após o engessamento do pensamento de juristas no final do Século XIX, em critérios técnicos e formalistas, apesar das discussões promovidas a partir do neokantismo

45 LIMONGI, Dante Braz. *Op. cit.* p. 141.

46 “Miguel Reale nasceu em São Bento do Sapucaí (SP) em 6 de novembro de 1910, filho do médico italiano Braz Reale e de Felicidade da Rosa Góes Chiarardia Reale”. Tornou-se imortal na Academia Brasileira de Letras em 1975 e foi reitor da USP. Entre outras ocupações, destaca-se, também, o exercício da presidência do Instituto Brasileiro de Filosofia (que ajudou a fundar) e da Sociedade Interamericana de Filosofia. Faleceu em 14 de abril de 2006, na cidade de São Paulo. (EMAGIS do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Miguel Reale e o Código Civil, “a Constituição do homem comum”*. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. V. 1. n. 1. Jan. / mar. 1990. Porto Alegre: O Tribunal, 1990. p. 24/26).

47 “Reale sempre atuou com altruísmo, quer perante o seu semelhante, quer perante a sociedade. Demonstração dessa sua atuação, tem-se, também, pelo seu desprendimento, como também pelo seu amor às coisas da Nação, quando em 1973, elaborou parecer para o governo brasileiro, possibilitando criar a Itaipu Binacional, [...]. Reale nada cobrou por esse parecer, sendo sua colaboração à Nação brasileira. Há quem afirme, se ele tivesse cobrado, até a sua 3ª geração usufruiria do ganho econômico. Nada disso o seduzia, a não ser o seu amor à pátria.” (RIBEIRO. Renato. *Ensaio Biográfico: Miguel Reale advogado*. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 10. N. 20. Jul. / dez. 2007. p. 318).

48 FERREIRA, Ivete Senise. FERREIRA, Ivete Senise. *Miguel Reale – Jurista*. In: MOTOYAMA, Shozo. *Cidadania e Cultura Brasileira: Homenagem aos 90 anos do professor Miguel Reale*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001. p. 72.

e do neotomismo, que impediam o reconhecimento de consequências práticas a partir de argumentações eminentemente filosóficas⁴⁹.

Com efeito, dentro da estrutura de pensamento até então dominante, havia a consciência de um pensamento jurídico filosófico, “mas não é menos certo que a atitude positivista, [...], levava o jurista a exacerbar o culto dos textos legais, com perda de contato com a realidade histórica e valores ideais”⁵⁰. Mereceu destaque de Reale a dificuldade de comunicação entre os juristas e as premissas filosóficas neokantianas enquanto a cultura ocidental sustentava-se na premissa de que as normas nos códigos seriam suficientes para a conduzir as relações jurídicas na sociedade⁵¹.

Ainda sobre as preocupações de Miguel Reale sobre a forma de ver o Direito, é interessante a percepção formulada por ele quanto à influência positivista no pensamento jurídico filosófico. Em outras palavras, se a Filosofia conseguiu abarcar o jurista, o positivismo também conseguiu abarcar o filósofo do Direito, que também valoriza o particular, o contingente e o empírico⁵².

Em verdade, observa-se um liame particular nos dizeres de Miguel Reale: a importância das circunstâncias do fato para que seja possível fazer o devido enquadramento jurídico⁵³. A preocupação honesta de Miguel Reale de como o Direito deve corresponder aos contornos das especificidades do fato é refletida nas afirmações de Renato Ribeiro, que em estudo de homenagem ao Reale, mencionou que um grande banco o procurou em 1997 com o intuito de obter um parecer favorável aos interesses da instituição durante à privatização da Vale do Rio Doce. Segundo exposto por Renato Ribeiro, a conclusão dos estudos realizados por Miguel Reale não condizia com os interesses do banco, de tal modo que não elaborou o parecer almejado. “Por isso o parecer do professor Miguel Reale é aceito no meio jurídico, não só pela autoridade dos argumentos expendidos, mas sobretudo por seu convencimento sobre o direito *sub examine*.”⁵⁴

49 REALE, Miguel. *A Filosofia do Direito e as Formas do Conhecimento Jurídico*. In: FACHIN, Edison; TEPEDINO, Gustavo. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. V. I – Obrigações: Estrutura e Dogmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 305.

50 *Ibidem*. p. 306.

51 *Ibidem*. p. 307.

52 *Ibidem*. p. 310.

53 RIBEIRO, Renato. *Op. cit.* p. 318.

54 *Ibidem*. p. 319.

Baseado nesses princípios na sua atuação como advogado, aliados à sua sólida formação cultural, o professor Miguel Reale sempre demonstrou capacidade impar na análise do fato, esquadrinhando-o sob todos os ângulos possíveis para seu enquadramento jurídico. Posta a questão após essa análise percuciente do fato, passa-se ao arrazoado, lançando mão da argumentação de persuasão do causídico, com o objetivo de obter o provimento jurisdicional em favor de seu cliente. Não se perdia em discussões descabidas, sobre posições doutrinárias que nada tinham a ver com a situação de fato em que se subsume o direito em exame⁵⁵.

Não se ignora a influência de Reale nos diversos ramos do Direito através de suas ponderações argumentativas. Mas para os fins desse trabalho, destaca-se a visão do sistema jurídico a partir da Teoria Tridimensional do Direito, que impossibilita o entendimento normativo independente dos fatos, dos valores supervenientes e da totalidade do ordenamento⁵⁶.

Além da interpretação de uma norma jurídica a partir dos limites do próprio ordenamento, a importância da referência aos ensinamentos de Reale no estudo da prescrição decorre de seus estudos no Direito Civil^{57,58,59}.

Com efeito, ele coordenou o projeto que resultou no Código Civil de 2002⁶⁰, em que há grande parte da regulamentação sobre prescrição. A propósito, a exposição de motivos desse Código:

55 *Ibidem*. p. 317.

56 FERREIRA, Ivete Senise. *Op. cit.* p. 82.

57 O atual Código Civil brasileiro foi sancionado em janeiro de 2002 (mas entrou em vigor somente em janeiro de 2003). Ressalta-se que o início da busca de um novo código civil havia começado em 1969, ainda no governo de Costa e Silva. A demora na tramitação parlamentar do atual Código Civil foi de 32 anos. Com efeito, a comissão foi presidida pelo jurista Miguel Reale. (BRASIL, *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/acamara/conheca/museu/exposicoes-2012/10-anos-do-codigo-civil>>. Acesso em: 12/09/2017).

58 “No Plenário do TRF, Reale, considerado o pai do novo Código Civil brasileiro, afirmou que um dos principais méritos desse trabalho é superar o individualismo do código anterior, de 1916, no qual se valorizava o indivíduo com seus próprios interesses. Agora, prevalece ‘o homem situado’, ressaltou.” (EMAGIS do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Op. cit.* p. 21).

59 A longa demora no tramite parlamentar do Código Civil de 2002 ensejou críticas de que o diploma legal teria nascido velho, apesar de seu ideal de atualização da normatização em razão dos reais acontecimentos fáticos. Reale teve oportunidade de defender a adequação do Código Civil à realidade social do Brasil em pleno Século XXI ao afirmar que o projeto não ficou simplesmente paralisado por mais de vinte anos. Explicou, por exemplo, a ocorrência de mais de mil emendas somente na Câmara dos Deputados. Quanto a matérias polêmicas, como união estável de homossexuais, destacou que a especificidade de temas não são objeto de códigos porque não é possível promulgar um código a todo momento. Pontou que o código não se deve ocupar de novidade, mas da realidade que deve ser levada até as últimas consequências. (*Ibidem*. p. 22).

60 Porém, foi no governo do Presidente Ernesto Geisel, em 10 de junho de 1975, que a exposição de motivos do texto original do Código Civil foi apresentada ao Senado Federal. Nesse documento, houve o expresse reconhecimento de que o Código Civil é uma norma básica, mas

Menção à parte merece o tratamento dado aos problemas da prescrição e decadência, que, anos a fio, a doutrina e a jurisprudência tentaram em vão distinguir, sendo adotadas, às vezes, num mesmo Tribunal, teses conflitantes, com grave dano para a Justiça e assombro das partes.

Prescrição e decadência não se extremam segundo rigorosos critérios lógico-formais, dependendo sua distinção, não raro, de motivos de conveniência e utilidade social, reconhecidos pela Política legislativa⁶¹.

Entender o contexto em que Miguel Reale desenvolveu seu pensamento serve (tal como a exposição do modo de pensar de Pontes de Miranda) é importante para o estudo das disposições que seguem quanto ao exame do instituto da prescrição, uma vez que ele foi responsável pelo projeto que culminou no Código Civil de 2002.

A inércia temporal dos titulares de direitos subjetivos e a prescrição.

Com efeito, os direitos subjetivos nascem conforme surgem fatos que contenham as circunstâncias previstas em determinado direito objetivo.

Por vezes, o direito objetivo é alterado e os fatos ocorridos após a mudança normativa não produzem mais direitos subjetivos⁶².

Mas enquanto não há mudanças em seu conteúdo normativo, determinada lei irá permitir que fatos⁶³ sejam mais do que simples acontecimentos e passem a constituir

não global. Também foi salientada a necessidade de manter a estrutura do código anterior, apesar da atualização normativa condizente com os padrões sociais atuais. Dentre as diversas atualizações, o reconhecimento de que o Direito é social. Sobre esse aspecto, o próprio Miguel Reale afirmou que o Direito, “impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo”. (BRASIL, *Senado Federal*. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 12/09/2017).

61 *Idem*. Acesso em: 12/09/2017.

62 Conforme se verifica no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República de 1988, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/03/2018). Portanto, eventual lei nova não é capaz de alcançar o direito cujos elementos foram consumados ainda na vigência da lei anterior nos termos do artigo 6º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”, BRASIL, *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* (Decreto-Lei nº 4.657/1942). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 06/03/2018).

63 “A noção de *fatos* jurídicos é muito mais ampla do que a noção fenomênica de *fatos*. Fatos jurídicos abrangem não só os acontecimentos da *natureza*, mas também os acontecimentos oriundo da *atividade humana*. [...]. Na verdade, incluem-se na noção de fatos jurídicos, também, os sentimentos, os produtos do intelecto, como, por exemplo, os estados anímicos. Assim, são

direitos subjetivos. Logo, esses fatos são jurídicos que podem ser classificados em fatos jurídicos em sentido estrito⁶⁴, atos jurídicos⁶⁵, ou negócios jurídicos⁶⁶⁻⁶⁷.

Ora, assim como nascem os direitos subjetivos, esses são extintos também por fato jurídico em sentido estrito, por ato jurídico ou por negócio jurídico, como exemplos: a renúncia e o não exercício do direito.

Quanto ao não exercício de um direito subjetivo, se é certo que é uma faculdade do titular do direito, também é certa a intolerância legal à inércia desse titular por razões de segurança jurídica⁶⁸. Por isso, a regra é a estipulação de prazos legais para

considerados fatos jurídicos a ignorância ou o erro, o dolo, a boa-fé etc”. (OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Op. cit.* p. 582).

64 “5. Classificação dos fatos, atos e negócios jurídicos. Os fatos jurídicos *lato sensu* são o gênero de que são espécies: a) os fatos jurídicos *stricto sensu* (sua ocorrência se dá sem o concurso da vontade humana - ex: um vendaval que destrói uma casa); b) os atos jurídicos *lato sensu* (sua ocorrência se dá com o concurso da vontade humana - ex.: promovo a demolição de uma casa). Os atos jurídicos *lato sensu*, por sua vez, subdividem-se em atos lícitos (ou atos jurídicos *stricto sensu*) e atos ilícitos (provoco acidente automobilístico que acarreta dano material para outrem). Entre os atos jurídicos lícitos (atos jurídicos *stricto sensu* - CC 185) temos: 1) os quase negócios jurídicos e as operações jurídicas; e 2) o negócio jurídico unilateral e o negócio jurídico bilateral (contrato).” (NERY, Rosa Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil Comentado*. 2ª Edição em e-book baseada na 12ª Edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017).

65 “6. Ato jurídico. Lícito e ilícito. Fato ilícito. Ato jurídico é qualquer acontecimento para cuja existência é necessária a vontade do homem. A autonomia da vontade não é mais do que o nome que se dá à possibilidade de se fazer elemento nuclear do suporte fático suficiente para tornar jurídicos atos humanos, a vontade (Pontes de Miranda. Tratado, t. III, § 254, p. 55). Os atos jurídicos podem ser lícitos ou ilícitos. Dizem-se lícitos se estão de acordo com o ordenamento jurídico e não são contrários a direitos legítimos de ninguém. São ilícitos quando causam ou têm potencialidade de causar dano a outrem (CC 186). Há ilicitude quando o fato contrário a direito acontece e alguém responde por ele (Pontes de Miranda. Tratado, v. II, § 162, p. 193).” (*Idem*).

66 Negócio jurídico é um ato representativo da manifestação de vontade das partes com a intenção de obter um fim lícito. Para existir e ser válido, um negócio jurídico terá que observar seus elementos essenciais (agente capaz, objeto lícito/possível/determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei). Os negócios jurídicos também devem observar seus elementos naturais, que são as consequências naturais que não precisam ser expressamente mencionados na formalização do negócio. Essas consequências são determinadas pela própria lei. Ademais, os negócios podem apresentar elementos acidentais, que formados pelas cláusulas acessórias capazes de modificar os elementos naturais. Exemplos desses últimos elementos são: a condição, o termo, e o encargo. (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Volume I - Parte Geral. 42ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 219/224).

67 “Além das mudanças no ordenamento, o direito subjetivo se constitui por fato, ato ou negócio jurídico. A morte é o fato jurídico que constitui, por exemplo, o direito dos herdeiros sobre os bens da pessoa falecida. O achado causal do tesouro é o ato jurídico constitutivo do direito de propriedade sobre essa coisa. A assinatura do contrato de mútuo é o negócio de que deriva o crédito do credor.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 389).

68 Observa-se que a segurança jurídica confere às normas de prescrição caráter cogente. Dessa forma, o art. 192 do CC/2002 não permite que as partes façam modificações de prazos prescricionais. Além disso, nota-se a possibilidade do juiz, atualmente, poder extinguir a ação em razão da prescrição mesmo de ofício. (RIZZARDO, Arnaldo. 7ª Edição. *Parte Geral do Código Civil*. São Paulo: Forense, 2011. p. 571).

que eventual direito subjetivo seja exercido por seu titular⁶⁹. Ou seja, o decurso de tempo é um fato jurídico capaz de ensejar a extinção de direitos, tendo em vista a insegurança advinda de um não exercício permanente⁷⁰. Esse fato jurídico configura ou prescrição ou decadência⁷¹.

A diferença entre a decadência⁷² e a prescrição⁷³ não está contida em preceito normativo, apesar dos diversos enunciados normativos contidos no Código Civil e em outras legislações (tal como no Código Tributário Nacional, no Decreto-Lei nº 20.910/1932 e na Lei nº 9.784/1999).⁷⁴

O critério apresentado ao jurista ainda na faculdade é a noção de que prescrição está relacionada à perda do direito de ação enquanto a decadência está vinculada a perda do direito em si considerado. Esse critério é, na verdade, duas grandes máximas que não encontram fundamentos sólidos. Afinal, o efeito de ambos institutos é improcedência da demanda⁷⁵, que atualmente deve ser declarada de ofício pelo juiz nos

69 “Efetivamente, o que desaparece é a ação para a defesa de determinado direito, em razão da inércia ou omissão de um titular ante violações ou ofensas desse direito, durante um período de tempo previsto para exercitar a defesa. O direito está acompanhado de medidas para o seu exercício e a proteção. Se a pessoa não faz uso dos meios assegurados, entende-se que houve a desistência, levando os sistemas jurídicos a retirar a faculdade de defesa” (*Ibidem*. p. 565).

70 COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 390/392.

71 “Pois bem, a prescrição e a decadência são institutos que decorrem da projeção de efeitos jurídicos pelo decurso de tempo. [...] Acrescenta-se que, além da aproximação com o elemento tempo, a prescrição e a decadência também dizem respeito à inércia do titular de determinada relação jurídica. Equivale a dizer, além de fundar-se em aspecto objetivo, o decurso temporal também tem como suporte uma conduta omissiva do titular do direito em perecimento” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V I – Parte Geral e LINDB. 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 615/616).

72 “Não é despidendo salientar que, não havendo prazo em lei para o exercício de determinado direito potestativo, ele não estará sujeito à extinção pelo não exercício não se submetendo a decadência (nem tampouco, por evidente, à cláusula geral de prescrição)” (*Ibidem*. p. 645).

73 De fato, a noção de prescrição surgiu primeiramente com a noção de usucapião, que foi regulada já na Lei das XII Tabuas. Mas isso não quer dizer que Roma sempre teve noção de decadência e prescrição. Com efeito, a diferenciação entre prescrição aquisitiva e extintiva ocorreu somente no tempo de Justiniano. (RIZZARDO, Arnaldo. *Op. cit.* p. 570).

74 “A questão referente à distinção entre prescrição e decadência – tão velha quanto os dois institutos de profundas raízes romanas – continua a desafiar a argúcia dos juristas. [...] É incontestável, porém que as investigações doutrinárias, confirmadas pela grande maioria da jurisprudência, já conseguiram, pelo menos, a chegar a uma conclusão: a de que os dois institutos se distinguem.” (AMORIN FILHO, Agnelo. *Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Revista Forense Comemorativa 100 Anos*. Tomo V – Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 102)

75 “[...], observa-se que a decisão judicial reconhecendo a decadência ou a prescrição é decisão de mérito, assemelhada, a toda evidência, à decisão que rejeita o pedido da parte autora”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.* p. 651).

termos do artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil⁷⁶. Além disso, o cumprimento espontâneo tanto de uma obrigação prescrita quanto outra decaída (ou caducada) não ensejam justa causa para restituição, apesar das disposições do artigo 885 do Código Civil⁷⁷.

Esse critério, porém, não se sustenta por duas razões. Em primeiro lugar, porque também o devedor de obrigação caducada não pode reclamar a restituição se o cumprimento se verificou após o decurso do prazo de decadência. Se essa circunstância é alegada para demonstrar a sobrevivência do direito prescrito, também acaba demonstrando a do decaído. Se alguém não pode mais ingressar em juízo para obter o cumprimento forçado da prestação correspondente ao seu direito, isto é, em termos concretos, igual a não titularizar o próprio direito.⁷⁸

Há outro critério segundo o qual afirma ter-se prazo decadencial quando o direito surge ao mesmo tempo da possibilidade de demanda. O prazo prescricional, por sua vez, teria lugar quando o direito nasce em momento anterior à possibilidade de uma ação. “É, porém, insuficiente também esse critério porque não esclarece quando se verifica uma ou outra situação⁷⁹”.

Um exemplo simples é capaz de ressaltar a imprecisão desse critério: A tem seu relógio de valor determinado quebrado por B, que deu uma marretada – mesmo que sem querer – no pulso de A. Nos termos dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil⁸⁰, A terá direito a uma indenização correspondente ao valor do relógio (artigo 944 do Código Civil⁸¹). Esse direito à indenização poderia ser cobrado judicialmente no mesmo momento em que houve a quebra do relógio, pois, nos termos do artigo 189 do Código Civil, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”⁸². Ocorre que o artigo 206, § 3º,

76 “Art. 487. Haverá resolução do mérito quando o juiz: [...] II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição”. (BRASIL. *Código de Processo Civil* (Lei nº 13.105/2015). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06/03/2018).

77 “Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir” (BRASIL. *Código Civil* (Lei nº 10.406/2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06/03/2018).

78 COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 395.

79 *Ibidem.* p. 396.

80 “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. (BRASIL, *Código Civil. Op. cit.*).

81 “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano” (*Ibidem*).

82 *Ibidem*.

inciso V, do Código Civil⁸³ não deixa dúvidas de que a pretensão indenizatória é prescricional⁸⁴.

Há de se reconhecer que há doutrina criticando a existência da figura da prescrição e da decadência como institutos distintos, tendo em vista a falta de critérios claros e objetivos para a diferenciação desses dois institutos, apesar das diferenças práticas na declaração de um prazo como decadencial ou prescricional (há de se lembrar que os prazos prescricionais podem ser suspensos e interrompidos; o que na decadência não ocorre em regra). De qualquer modo, tal como afirma Ulhoa, o critério mais seguro passa pela observação da lei que eventualmente declare a natureza do prazo extintivo⁸⁵.

Deve-se pontuar, contudo, que há uma diferença substancial entre a decadência e a prescrição, capaz de ajudar na determinação da natureza de um prazo fatal. Com efeito, na decadência a situação de fato se refere a um direito potestativo, que não pode ser objeto de violação por terceiros justamente por se tratar de um direito cujo exercício depende exclusivamente da conduta de seu titular. Ao seu turno, a prescrição está relacionada a uma pretensão, eis que o interesse do titular do direito depende de uma conduta ou omissão de terceiros⁸⁶. “De maneira bem clara: a prescrição atinge os direitos armados com a pretensão (que são os direitos subjetivos), enquanto a decadência ou caducidade fulmina os direitos sem pretensão (os direitos potestativos).”⁸⁷

A prescrição vinculada à inércia em buscar a satisfação de uma pretensão.

Não é possível entender as contradições na aplicação do instituto da prescrição em casos concretos, decididos em processos judiciais, sem entender a noção de pretensão.

83 “Art. 206. Prescreve: [...] § 3º Em três anos: [...] V - a pretensão de reparação civil;” (*Ibidem*).

84 “Dessa forma, seguindo a linha de compreensão proposta pelo festejado mestre, a prescrição diz respeito aos direitos já constituídos e que são ofendidos pelo sujeito passivo, sem que o respectivo titular tenha reagido por via de ação condenatória, no prazo devido (arts. 206 – Prazos especiais – e 205 – cláusula geral de prescrição)”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.* p. 650).

85 COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 396/397.

86 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.* p. 648.

87 *Ibidem*. p. 649.

A pretensão não se confunde com a ação.

De forma geral, em uma demanda há a existência de um debate sobre um pedido⁸⁸, vinculado a uma causa⁸⁹ de existência formulada pela parte requerente. Por outro lado, a parte requerida apresenta suas teses jurídicas com o fim de contradizer as causas de pedir daquele que requer algo⁹⁰.

Após a exposição de argumento e contra-argumentos, o juiz, como um terceiro e incumbido de um papel oficial, declara se a pretensão do requerente deve ou não ser provida ao dizer o Direito a ser aplicado ao caso concreto⁹¹⁻⁹². Isso por uma decisão com fundamentação não necessariamente idêntica à argumentação das partes, mas necessariamente contida nos limites do pedido⁹³.

Tem-se que “pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”⁹⁴. Conforme Pontes afirmou, não é qualquer pessoa que tem pretensão de fazer o devedor de “A” cumprir sua obrigação; mas “A”

88 “O pedido é o núcleo da petição inicial; a providência que se pede ao Poder Judiciário; a pretensão material a ser deduzida em juízo (e que, portanto, vira a pretensão processual); a consequência jurídica (eficácia) que se pretende ver realizada pela atividade jurisdicional. É, como dito, o efeito jurídico do fato jurídico posto como causa de pedir” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. V I. 17ª Edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 565).

89 “A causa de pedir é o fato ou conjunto de fatos jurídicos (fato(s) da vida juridicizado(s) pela incidência da hipótese normativa) e a relação jurídica, efeito daquele fato jurídico, trazidos pelo demandante como fundamento do seu pedido.” (*Ibidem*. p. 551).

90 “A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. [...]. Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo” (*Ibidem*. p. 79).

91 “A submissão ao poder jurisdicional é inevitável no sentido que atinge todas as pessoas nacionais ou estrangeiras residentes e domiciliadas ou não no território nacional. Nenhuma autoridade pública submete-se à jurisdição do órgão judiciário competente” (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. V I – Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 575).

92 “O juiz tem, então, o padrão para se guiar, ao decidir os processos: deve dar, em princípio, razão ao sujeito que tem o direito. Quando a lei se altera, muitas vezes tira o direito subjetivo de um sujeito para dá-lo a outro” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. V I – Parte Geral. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 389).

93 Nos termos do artigo 492 do Código de Processo Civil de 2015: “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. (BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. *Op. cit.*).

94 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Tomo V – Eficácia Jurídica, Direitos, Ações. Atualizado por Marcos Bernades de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 533.

pode querer a satisfação de seu direito, desde que sua posição não esteja mutilada de modo a tornar seu direito sem pretensão. Note-se, a pretensão vinculada à satisfação de um objeto é normalmente realizada por meio de uma ação ou abstenção de sujeito⁹⁵.

Ora, com efeito, uma vez observados os elementos normativos no mundo dos fatos, surge um direito subjetivo. No caso da compra e venda de uma caneta, quando há a transmissão do bem haverá a expectativa do pagamento. O direito ao recebimento já existe, mesmo que não possa ser de imediato exigido por razão de algum termo ou condição. No caso da venda da caneta, se a entrega da caneta for acompanhada de um acordo de pagamento a ser realizado na semana subsequente ao do contrato, o direito ao pagamento já existe, mas somente será exigível após o adimplemento do termo⁹⁶⁻⁹⁷. Observa-se que, apesar da existência do direito, não há pretensão.

No caso de pensões por morte, o direito ao recebimento do valor econômico é periódico, de tal modo que somente após o término do mês surge a exigibilidade (e a consequente pretensão) da quantia que deveria ser paga ao dependente.

Desse modo, o direito em si considerado não se confunde com a possibilidade de sua exigibilidade. O direito potestativo existe por si mesmo e não depende da vontade de eventual devedor, ao passo em que a satisfação das pretensões ocorrerá com a ação ou omissão de um terceiro. Não se ignora a existência de nexos entre direito e pretensão, mas há de se ter como evidente que o direito não precisa ser exigido para existir ao passo em que a exigibilidade está no núcleo da pretensão. Em outras palavras, há exigibilidade na pretensão⁹⁸.

A pretensão vinculada à exigibilidade

Pretensões surgem por razões inúmeras. Podem advir como consequência de um negócio jurídico entre uma pessoa e outra ou de uma ação do Poder Público. Como foi observado, em razão de algum acontecimento determinado, alguém passa a ter a

95 *Ibidem.* p. 533 *et seq.*

96 *Ibidem.* p. 250.

97 Quando se trata de condição (suspensiva), o que se observa não é a ausência de pretensão simplesmente. Com efeito, a condição obsta o próprio direito em si considerado, que se restringe a uma expectativa. Nesse sentido: “ao direito, que já existe, mas em cujo conteúdo há o déficit de tempo (em vez de poder ser exercido hoje, só o será depois), falta pretensão. A fortiori, a ação, exceto a ação declaratória e a de prestação futura. Não é o mesmo o que se passa com a condição, em que somente há o direito expectativo e o que falta não é a pretensão, ou a ação, e sim o próprio direito expectado”. (*Ibidem.* p. 252).

98 *Ibidem.* p. 535.

pretensão de exigir de outrem uma obrigação. O que há de se ressaltar, agora, é desvinculação da noção da pretensão à necessidade de uma ação judicial.

Imagina-se o falecimento de um servidor público estatutário com três dependentes. A morte é o fato jurídico que completou os requisitos normativos da pensão por morte e, com isso, os três dependentes passaram a ter o direito subjetivo à prestação previdenciária. A concretização efetiva da pensão mensal depende do pagamento realizado periodicamente pela Administração Pública, razão pela qual os dependentes têm pretensão ao recebimento da vantagem econômica. A exigência de pagamento pode ser requerida imediatamente perante o Poder Judiciário, mas nada impede que o pedido de pagamento seja formulado por meio de um processo administrativo, cujas matrizes estarão dispostas na Lei n. 9.784/1999⁹⁹.

Logo, observa-se que a ocorrência da prescrição não se refere propriamente ao direito material em si considerado, que poderá ser satisfeito ainda. Na verdade, o que se elimina é a própria exigibilidade judicial da obrigação firmada pelo devedor e, consequentemente, a pretensão da entidade credora.

Ora, em vez de (a) e de (b), o que ocorre é (c): A pretensão é a mesma, o que aparece em ordem consecutiva são ações. Se A deve a B a coisa *a* e advém impossibilidade culposa, B continua com a pretensão que tinha, mas, devido ao fato da impossibilidade com culpa, a ação é para as perdas e danos. Se não há coisa julgada, ou reconhecimento da impossibilidade pelo credor, a demanda pode ser por inadimplemento; só se há a coisa julgada, ou o reconhecimento da impossibilidade pelo credor, é que esse não a pode propor e tem de vir logo com a ação de reparação. Por outro lado, a prescrição concerne à pretensão, e não à ação¹⁰⁰.

99 “A ação ocorre na vida da pretensão, ou do direito mesmo, (a) quando a pretensão exercida não é satisfeita e o titular age (reminiscência do ato de realização ativa dos direitos e pretensões) ou (b) quando, tratando-se de pretensões que vêm sendo satisfeitas pelos atos positivos ou negativos, ocorre interrupção dessa conduta duradoura. Assim, a) enquanto o direito de propriedade, os outros direitos reais e outros direitos com sujeitos passivos totais vêm sendo atendidos pela não-ingerência de outrem (= continuidade da omissão, ou continuidade de atos, que eles exigiam), não há ação; b) enquanto os outros direitos (com sujeitos passivos não-totais) não sofrem com a interrupção da conduta duradoura (= com o omitir ou com o fazer), ou com a falta de ato em determinado momento, não há ação; c) enquanto os direitos, de que se falou em a), não tem de ser reintegrados em elementos seus que serviram a outros direitos, não há ação. Se já passou em julgado a sentença, a ação foi satisfeita; não há mais ação, salvo as que resultem da eficácia da sentença. O fundamento dessa cessação da ação é o mesmo da existência do plano processual, superposto ao do direito material”. (*Ibidem*. p. 565).

100 *Ibidem*. p. 551.

Ou seja, o que demonstra a existência da pretensão não é o meio pelo qual haverá a exteriorização do pedido de cumprimento de obrigação, mas sim a própria exigibilidade desse pedido¹⁰¹.

Contradição no reconhecimento da prescrição.

Imagine-se que *A* e *B* são dois requerentes em ações ordinárias completamente independentes. Em cada uma dessas ações há o pedido de declaração do direito de pensão por morte e a condenação ao pagamento das parcelas vencidas antes do ajuizamento da demanda. Tanto *A* quanto *B* são dependentes de servidor público falecido e demoraram mais de cinco anos para buscar a tutela jurisdicional que lhes garantisse a pensão.

O mínimo que se poderia esperar em uma situação dessa é a declaração de que houve ou não a prescrição da pretensão em ambas demandas (mesmo que por juízes diferentes). Não se trata da expectativa do mesmo resultado quanto ao objeto das ações de *A* e de *B* (provimento ou não do direito em si, fixação de um valor da pensão), mas sim de algo anterior a isso, capaz de eliminar qualquer chance de discussão sobre a pensão em si considerada.

Ocorre, contudo, que ações podem ter resultados diferentes, apesar de partirem de um pretense direito igual. A partir das premissas fixadas a título de pretensão e prescrição, pode-se justificar a existência de julgamentos que partem de um mesmo direito de base, mas que terão resultados jurídicos distintos por conta do objeto específico dos autos. A propósito, confira-se as ementas proferidas nos Recursos Especiais nº 1.655.723 e 1.661.602 a seguir:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DO DIREITO DE AÇÃO. PEDIDO ADMINISTRATIVO FORMULADO QUANDO JÁ OPERADA A PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO. REABERTURA DO PRAZO PRESCRICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO.

1. Trata-se de ação em que busca o recorrente desconstituir acórdão que reconheceu a prescrição do fundo de direito.

2. **Consoante a firme jurisprudência do STJ**, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, **a prescrição atinge o próprio direito de ação, quando transcorridos mais de 5 (cinco) anos entre a morte do instituidor da pensão, servidor público estadual, e o ajuizamento da ação em que se postula o reconhecimento do benefício da pensão**

101 Pontes de Miranda. *Op. cit.* 540.

por morte. Com efeito, "a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, na sentada do dia 16.10.2013, quando do julgamento do Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.164.224/PR, da relatoria da Ministra Eliana Calmon, firmou a compreensão de que 'a prescrição atinge o próprio fundo de direito quando transcorridos mais de 05 (cinco) anos entre a morte do instituidor (servidor público estadual) e o ajuizamento da ação em que se postula o reconhecimento do benefício da pensão por morte', **bem como o entendimento de que 'o requerimento administrativo formulado quando já operada a prescrição do próprio fundo de direito não tem o poder de reabrir o prazo prescricional'**" (STJ, AgRg no REsp 1.398.300/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 5/2/2014). Em igual sentido: STJ, REsp 1.618.037/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 13/9/2016; AgRg no REsp 1.332.952/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe de 7/3/2013.

[...]

6. Recurso Especial não provido.

(REsp 1655723/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 20/06/2017 – sem destaques no original)¹⁰²

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PENSÃO POR MORTE. INTEGRALIDADE. VENCIMENTOS E PROVENTOS DO SERVIDOR FALECIDO. PRESCRIÇÃO. SÚMULA 85/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. O acórdão recorrido está em sintonia com o **entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não se opera a prescrição do fundo de direito, mas apenas das parcelas vencidas no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação**, por configurar-se relação de trato sucessivo, conforme disposto na Súmula 85/STJ.

2. Recurso Especial não provido.

(REsp 1661602/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 17/05/2017 – sem destaques no original)¹⁰³

No primeiro julgado mencionado, o Superior Tribunal de Justiça ressaltou que o pedido administrativo requerendo o pagamento de pensão por morte foi indeferido por entidade da Administração Indireta responsável pelo pagamento de benefícios previdenciários de servidores estaduais (logo, estatutários). Confira-se:

A partir do indeferimento do benefício previdenciário, que era a postura naturalmente esperada por parte do IPSEMG em razão do que

102 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp. Nº 1.655.723/MG. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72490073&num_registro=201700378649&data=20170620&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

103 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp nº 1.661.602/SP. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71489010&num_registro=201700505291&data=20170517&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

estabelecia o plano jurídico-normativo estadual à época do falecimento da mulher do autor, nasceu a ofensa a pretensão direito material deste e, daí, surgiu a consequente pretensão em obter a sua satisfação na via judicial¹⁰⁴.

A partir dessa base fática, declarou a prescrição da própria pretensão ao recebimento da pensão, tendo em vista a impossibilidade de se discutir a declaração/constituição do próprio direito. Veja-se:

Conforme consta no acórdão recorrido, o falecimento da mulher do autor se deu em 8 de outubro de 1994 e o indeferimento do requerimento administrativo se deu em 24 de novembro de 2001, ou seja, mais de cinco anos do falecimento da servidora Maria Izaura de Souza Santos. Fica configurada neste caso a prescrição do fundo de direito¹⁰⁵.

Contudo, no julgamento do segundo precedente, o Superior Tribunal de Justiça salientou que o caso dos autos decorre do falecimento de servidora pública. Senão, confira-se a seguir:

Na origem, trata-se de ação de rito ordinário em cuja petição inicial os autores, ora embargados, alegaram que, em decorrência do falecimento de sua filha, em 05/12/1990, passaram a receber pensão por morte no valor de 75% do salário recebido pela ex-servidora.

Por força da sentença proferida em Ação Civil Pública, desde 2003, o benefício recebido passou a equivaler 100% do salário percebido pela ex-servidora.

A presente ação foi ajuizada, portanto, para pleitear a condenação da recorrente ao pagamento de parcelas vencidas no período de 1990 a 2002¹⁰⁶.

Por isso, o Superior Tribunal de Justiça – ao vincular a pretensão ao recebimento de diferenças no valor da pensão – entendeu que somente as parcelas vencidas há mais de cinco anos da ação estavam prescritas. Veja-se:

No mérito, para melhor, compreensão da controvérsia, transcrevo os fundamentos do *decisum* recorrido (e-STJ, fl. 135):

[...]

Com efeito, constituída a situação jurídica fundamental e não tendo sido indeferida expressamente pela Administração a o m pretensão ou o direito reclamado, não há falar em prescrição do fundo de direito. Cuidando-se de relações jurídicas de trato sucessivo a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, nos termos da Súmula nº 85 do STJ.

Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na

104 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp. nº 1.655.723/MG. *Op. cit.*

105 *Ibidem*.

106 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp nº 1.661.602/SP. *Op. cit.*

Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."¹⁰⁷

Como será demonstrado na segunda parte desse capítulo, o objeto de uma ação justifica sim a prescrição da pretensão relacionada ao próprio direito subjetivo, desde que o objeto da ação esteja relacionado a uma prévia constituição desse direito. A prescrição não fulminará todos os efeitos patrimoniais do direito subjetivo caso o objeto da demanda se restrinja à percepção desses efeitos.

Quando se analisa os dois últimos precedentes mencionados do Superior Tribunal de Justiça, deve-se observar que em ambos houve discussão sobre os termos em que o próprio direito subjetivo foi construído. Em nome da coerência, o resultado de ambos os casos deveria ser só um.

O grave dano ao princípio da segurança jurídica se evidencia porque o resultado de um precedente é diametralmente oposto ao outro. Irremediavelmente, julgados tão discrepantes como os dois precedentes mencionados atrapalham, inclusive, a implementação de políticas públicas assistenciais. Afinal, não é possível ignorar que o requerente cuja pretensão foi declarada prescrita estará mais dependente da qualidade dos serviços prestados pela Administração.

Os julgados mencionados refletem apenas uma parte do problema quanto ao reconhecimento da prescrição de pensão por morte. Com efeito, o benefício, quando requerido por dependentes de servidores, poderá se sujeitar a prescrição da pretensão à pensão quando a Administração Pública recusa o pagamento em momento anterior à demanda. Veja-se:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3 DO STJ. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. AUSÊNCIA DE NEGATIVA FORMAL DA ADMINISTRAÇÃO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Segundo a orientação jurisprudencial do STJ, não há prescrição do fundo de direito à pensão por morte quando o dependente de servidor não obtém negativa do benefício previdenciário.
2. Porém, na ausência de negativa do direito, há prescrição das prestações vencidas há mais de cinco anos da propositura da ação, nos termos da Súm. n. 85 do STJ.
3. Agravo interno não provido.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

(AgInt no AREsp 1050415/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 21/08/2017)¹⁰⁸

Contudo, quando o pedido condenatório for dirigido ao INSS, nos casos em que o dependente era segurado do Regime Geral, a prática jurídica não reconhece a prescrição da pretensão ao próprio benefício, tendo em vista que esse teria natureza indisponível. Confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE. BENEFÍCIO DE RENDA MENSAL VITALÍCIA CONCEDIDO ERRONEAMENTE PELA ADMINISTRAÇÃO ANTES DA MEDIDA PROVISÓRIA. TRIBUNAL CONSIDEROU CORRETA A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA.

1. Caracterizado o benefício previdenciário como de caráter eminentemente alimentar, constituindo obrigação periódica e de trato sucessivo, não admite a pretendida prescrição do fundo do direito, mas tão somente das parcelas vencidas há mais de cinco anos, consoante já fixado pela Súmula 85/STJ.

2. O *caput* do art. 103 da Lei 8.213/1991 está voltado tão somente para o ato revisional de concessão do benefício. Não há que falar em prescrição do fundo de direito quando se trata de concessão de benefício previdenciário, inserido no rol dos direitos fundamentais.

[...]

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1502460/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 11/03/2015)¹⁰⁹

A existência de precedentes em diversos sentidos sobre a prescrição, no âmbito da concessão de pensão por morte, demonstra a necessidade de um amadurecimento sobre a natureza da própria pretensão dos dependentes do benefício previdenciário.

Afinal, se a recusa do pagamento da pensão pela Administração Pública é termo inicial do prazo prescricional da pensão por morte de servidor, por que o caráter imprescritível do reconhecimento do próprio direito do dependente quando o segurado é do Regime Geral?

108 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. AgInt no AREsp 1.050.415/RS. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74273528&num_registro=201700222090&data=20170821&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

109 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. AgRg no REsp 1.502.460/PR. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44877602&num_registro=201403276867&data=20150311&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

De fato, sem ignorar a atividade judiciária de outros tribunais, verifica-se já no âmbito do que o Superior Tribunal de Justiça uma distinção entre os efeitos da inércia do dependente de um servidor falecido e os efeitos da inércia de um dependente de um segurado do Regime Próprio de Previdência.

A situação prática deixa clara a necessidade de se aumentar a preocupação quanto à necessidade do Direito ser adequado à realidade social. No caso da pensão, sem dúvidas, o Poder Judiciário está criando condições de desigualdades sociais, uma vez que dependentes de segurados (seja no regime geral, seja no regime próprio) podem ter tutelas previdenciárias distintas.

A contradição na prática jurídica ora exposta parece não observar as pedras fundamentais sobre as noções de Direito apresentadas por Pontes de Miranda, pois não há uma aplicação coesa de normas em casos concretos. Também não observa os contornos normativos previstos no Código Civil de 2002, cuja sistematização foi realizada por Miguel Reale.

De fato, é um infortúnio jurídico muito grande observar as contradições práticas em prescrição quando temos dois grandes pensadores brasileiros – Pontes de Miranda e Miguel Reale –, que se preocupavam com a efetiva sintonia entre a realidade e dogmática jurídica e teceram ponderações doutrinárias e legislativas visando à aplicação concatenada desse instituto.

O âmbito da prescrição nas pretensões decorrentes da morte de servidor.

Para viabilizar a análise de uma eventual prescrição do fundo de direito de pensão por morte, este capítulo expõe base teórica para melhor compreensão do instituto da prescrição.

Convém fazer um destaque, não será defendida – em momento algum – uma total semelhança entre regimes previdenciários. Não há como ignorar a necessidade de resultados jurídicos diferentes para cada quadro fático social peculiar. O desenvolvimento histórico da previdência no Brasil indica uma aproximação entre regimes; mas, sem dúvidas, sincronia não é fusão. De fato, não há elementos capazes de indicar que o Brasil terá uma previdência única no futuro. Mas se isso acontecer, certamente haverá uma unificação de fontes sem ignorar uma diferença de tratamentos para casos específicos (afinal, isso já acontece dentro do próprio Regime Geral de Previdência: por exemplo, a idade para aposentadoria de homens é diferente da idade de aposentadoria de mulheres).

Mas ainda existe um objeto a ser explorado antes de verificar se o benefício da pensão por morte é ou não imprescritível. Trata-se da definição precisa dos contornos da pretensão a ser apresentada em juízo: se o pedido tem fulcro na constituição do direito subjetivo em si considerado ou na consequência econômico-jurídica desse direito com o passar do tempo.

No caso da pensão por morte, tem-se que enxergar controvérsia na definição do direito ao benefício em si considerado. Depois de ajustado o foco na declaração desse direito, será possível analisar as razões que levam à imprescritibilidade da pretensão à pensão por morte no Regime Geral. Se essas razões estiverem corretas, será possível, então, determinar se elas devem ser extensíveis ao Regime Próprio.

Antes de adentrar no exame do pensamento jurídico desenvolvido nos precedentes de tribunais, cabe fazer mais uma “consideração prévia”.

Não se pode ignorar o papel importante que a jurisprudência tem na concretização do Direito. O próprio Código de Processo Civil de 2015, em diversos momentos, supervaloriza o entendimento jurisprudencial de tribunais (não necessariamente os superiores) para fins de resolução de demandas¹¹⁰. Ademais, as decisões dos tribunais também configuram uma espécie de norma jurídica, porém (diferente dos enunciados legais) de natureza prática e adaptada ao caso concreto. Além disso, a jurisprudência denota uma orientação aplicada e obrigatória de balizas sobre conceitos jurídicos indeterminados¹¹¹.

Todavia, ressalta-se: a credibilidade das decisões, a continuação efetiva da jurisdição e a pacificação social dependem de uma aplicação coerente da lei. Desse modo,

110 Talvez o maior exemplo disso está no artigo 332 do CPC/2015. Nesse dispositivo há disposição das causas que justificam a improcedência liminar de uma petição inicial. O que se destaca aqui é impossibilidade de se discutir algo contrário a súmulas de tribunais. Nesse sentido, confira-se os incisos do art. 332: “I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.” (BRASIL, *Código de Processo Civil de 2015*. *Op. cit.*)

111 “A jurisprudência, como a lei, traça uma norma jurídica geral e obrigatória. Mas se distingue da lei por sua maior flexibilidade e maleabilidade. Graças a essa flexibilidade, a jurisprudência desempenha importante papel no esclarecimento dos conceitos gerais da norma legislativa e na sua adequação às peculiaridades dos casos concretos.” MONTORO, André. *Op. cit.*

a lei em sentido estrito¹¹², como fundamento do ordenamento, é a grande razão que justifica o presente trabalho.

Portanto, entende-se a lei como o núcleo duro de todo o trabalho desenvolvido pelo aplicador do direito. Nada pode ser funcional e, ao mesmo tempo, harmonioso sem a observação precisa dos contornos legais. Tudo o que se escreveu até o presente momento é consequente de uma interpretação de regras e princípios. Os conceitos indeterminados são consequência de um conhecimento científico realizado pela doutrina¹¹³. É a partir das normas legais e das ponderações doutrinárias que se passa a analisar eventual necessidade mudança de orientação jurisprudencial. Tudo isso em nome da segurança jurídica e da efetividade das normas legais brasileiras.

O Fundo de Direito e as parcelas sucessivas

Alguns direitos, quando são declarados judicialmente ou reconhecidos pelo devedor, geram uma consequência patrimonial. Imagine um cidadão “A” como uma pessoa natural capaz com patrimônio próprio. Ele é, então, um sujeito de direito capaz de contrair direitos e obrigações nos termos do artigo 1º do Código Civil de 2002. No mundo fático, “A” provocou um acidente de trânsito ao bater no carro de “B”. Por meio de uma escritura pública, e por reconhecer sua indiscutível culpa, “A” declara que tem o dever de indenizar os danos materiais suportados por “B”, nos termos do artigo 186 combinado com o artigo 927, ambos do Código Civil¹¹⁴.

Nessa situação, a declaração de “A” é um título extrajudicial que pode dar ensejo a um procedimento executivo iniciado por “B” com base no artigo 784 do Código de Processo Civil de 2015¹¹⁵.

Pois bem, o efeito patrimonial do acidente de trânsito provocado por “A” resume-se à reparação de um dano perfeitamente quantificável em face de uma situação

112 “Lei jurídica, constituída pelas normas de conduta impostas pela autoridade social”. (*Idem*)

113 “[...] podemos dizer que doutrina é o estudo de caráter científico que os juristas realizam a respeito do direito, seja com o propósito puramente especulativo de conhecimento e sistematização, seja com a finalidade prática de interpretar as normas jurídicas para sua exata aplicação.” (*idem*).

114 “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, *Código Civil de 2002. Op. cit.*).

115 “Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: [...] II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor;” (BRASIL, *Código de Processo Civil de 2015. Op. cit.*).

temporal única. Todavia, nem sempre uma situação temporal acarreta uma consequência patrimonial tão definida.

O artigo 1.694 do Código Civil de 2002 é um dispositivo capaz de gerenciar a formação de um direito subjetivo, qual seja: a obrigação de prestar alimentos¹¹⁶. Sem precisar buscar definições doutrinárias ou jurisprudenciais, a grande finalidade dos alimentos é exposta na própria lei e não é outra senão a manutenção do parente que não tem condições de prover o seu sustento. Pois bem, a ideia advinda de manutenção está ligada a noção continuidade durante o tempo. A lei menciona o dever de suprir as necessidades que o credor tem para viver em sua condição social, inclusive para formação educacional.

Imagine que Caio, de 35 anos, é pai de Duda, de 06 anos. Por conta do artigo 1.694 do Código Civil de 2002, ele tem o dever de prestar alimentos a ela. Porém, quando Caio quita o valor da mensalidade da escola da criança em janeiro, sabe-se que, certamente, em fevereiro ele terá a mesma obrigação de pagar. Isso não quer dizer que em fevereiro ele terá que pagar as despesas de março. Porém, quando abril chegar, o dever de pagar as mensalidades de janeiro, fevereiro, março e abril já estará concretizado por se referir a obrigações certas, líquidas e exigíveis.

Ou seja, o fato de ser pai, independentemente de ter sido declarado em juízo ou por meio de um registro em cartório, faz com que Caio tenha o dever de sustentar Duda e esse dever faz com que ele tenha obrigações periódicas.

Em termos genéricos: um determinado direito “X” pode ter, como consequência, a formação de obrigações “Y”. Essas obrigações sucessivas terão mesma natureza, mas não necessariamente idêntica natureza do direito de fundo. De todo modo, essas obrigações periódicas não serão exigíveis a partir de um momento único, pois a exigibilidade de cada uma delas se dará com transcurso de um determinado lapso temporal. Reconhece-se, então, que um determinado direito reconhecido/declarado pode gerar obrigações durante o transcurso temporal.

Um direito “W” pode gerar obrigações sucessivas “Z” com o transcurso natural do tempo em uma relação de causa e efeito.

116 “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.” (BRASIL, *Código Civil de 2002. Op. cit.*)

No âmbito das ações propostas contra a Fazenda Pública, a visualização do que vem a ser o direito em si considerado (fundo de direito) e as suas parcelas econômicas consequentes em razão do tempo (prestações sucessivas) está expressamente normatizada no artigo 3º do Decreto-Lei nº 20.910/1932, que assim dispõe: “Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto.”

Como o direito objetivo brasileiro determina uma diferenciação entre o que vem a ser a busca do direito em si considerado e o que vem a ser as suas consequências sucessivas, há julgados que procuraram facilitar a distinção entre essas pretensões. A propósito, o Enunciado n. 85 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça foi construído a partir dessa situação. Confira-se a seguir:

Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio Direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.¹¹⁷

Nesse mesmo sentido, importante destacar o Enunciado Sumular nº 443 do Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre, quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta¹¹⁸.

Observa-se, então, que ambos enunciados reconhecem dois momentos distintos, embora um seja consequente do outro. Enquanto um direito subjetivo se tornou concreto em um determinado momento, outras obrigações periódicas irão surgir como consequência daquele direito subjetivo.

Cada momento (foco) se relaciona com à pretensão do demandante. Quando a concretização da pretensão depende do reconhecimento do próprio direito em si a jurisprudência dos tribunais, em geral, fala “em fundo de direito”.

Porém, pode ocorrer que esse direito subjetivo, em si considerado, jamais foi ignorado pelo devedor. Muito pelo contrário, esse devedor pode, na verdade, sempre ter reconhecido o direito do credor. Mesmo assim, independentemente do reconhecimento

117 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado Sumular nº 85 do STJ*. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=511>>. Acesso em: 06/03/2018.

118 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado Sumular nº 443 do STF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 06/03/2018.

do devedor, as obrigações consequentes do direito do credor podem estar inadimplidas pelo devedor.

Na obrigação de pagar alimentos, por exemplo, o pai de um infante pode dizer para o mundo que é o genitor da criança. Ele pode reconhecer o dever de ajudar no sustento do menor. O genitor pode até mesmo chorar por querer ajudar o seu filho. Tudo isso é independente do pagamento ou não das despesas mensais com alimentação, vestuário, educação, saúde, etc...

Em resumo: como a pretensão de um direito não se confunde com a pretensão de receber as parcelas devidas durante o tempo, surgiu, então, o entendimento presente no Enunciado Sumular nº 85 do Superior Tribunal de Justiça e no Enunciado Sumular nº 443 do Supremo Tribunal Federal.

Ressalta-se a possibilidade de uma variação quanto à pretensão ao reconhecimento do próprio direito subjetivo de fundo, trata-se da revisão dos termos em que esse direito foi determinado. A pretensão à reforma está mais próxima da noção de constituição do direito do que a simples cobrança de um ato. Ora, eventual diferença de valor seria uma consequência dos novos contornos jurídicos do ato revisado.

A identificação da prescrição da pretensão relacionada ao “fundo de direito”.

Passa-se ao exame dos fundamentos indicados em precedentes que justificam a observação de um direito matriz. Isso de forma independente da obrigação de pagamento de prestação consolidada a partir desse direito matriz.

De fato, essa observação jurídica não é recente. O primeiro precedente a ser analisado neste trabalho é o proferido no Recurso Especial nº 2.246/SP, que foi publicado há mais de 25 anos, cuja ementa segue transcrita:

PRESCRIÇÃO - FUNDO DE DIREITO - PARCELAS VENCIDAS - PRESCREVE O FUNDO DE DIREITO QUANDO, POR AÇÃO OU OMISSÃO, O ESTADO DEIXA DE CONSTITUIR SITUAÇÃO JURÍDICA QUE ENSEJA A VANTAGEM AO FUNCIONÁRIO. PRESCREVE O DIREITO A PERCEPÇÃO DE PARCELAS VENCIDAS, ANTERIORES A CINCO ANOS, CONTADOS DA LIDE, UMA VEZ CONSTITUÍDA A SITUAÇÃO JURÍDICA, SENDO A RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO.

(REsp 2.246/SP, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/1990, DJ 23/04/1990, p. 3219)¹¹⁹.

Na oportunidade desse julgamento, o Ministro Relator Vicente Cernicchiaro reconheceu a existência de controvérsia doutrinária quanto à concretização da prescrição de pretensões quando a situação concreta envolve um direito que enseja prestações sucessivas. Confira-se:

Sr. Presidente, reedita-se neste julgamento notória polêmica doutrinária com divergência jurisprudencial a respeito da prescrição, especificamente quando tem por objeto o próprio direito ou à percepção de parcelas periódicas anteriores ao quinquênio contado da propositura da ação¹²⁰.

Nessa controvérsia analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, observou-se que a negativa a um direito de promoção significou negativa a um direito subjetivo próprio. Por isso, o prazo prescricional teve o condão de fulminar qualquer pretensão que visasse efeitos patrimoniais.

Outra situação, também declarada nesse julgamento, seria a simples ocorrência de um não pagamento de uma gratificação. O exercício natural do cargo já seria suficiente para evidenciar a capacidade da vantagem se projetar no tempo, de tal modo que os efeitos do trabalho contínuo não alcançariam o próprio direito à vantagem. Nesse sentido:

Exemplificativamente, o primeiro caso seria ilustra do com a hipótese de não ser efetivada promoção do funcionário, por omissão, ou indeferimento expresso. A ultrapassagem dos cinco anos fulmina o direito em atenção ao princípio de serem definidas as relações jurídicas e, assim, a própria estabilidade do Direito.

No segundo caso estaria a hipótese de o servidor não reclamar o pagamento de uma gratificação, decorrente do exercício do cargo. Ela se projeta no tempo e é devida pelo só fato de estar em exercício. Aqui, o direito, sequer contestado, projeta seus efeitos, independentemente do tempo. A prescrição não afeta o fundo de direito. Alcança apenas as parcelas periódicas¹²¹.

A discussão sobre o “fundo de direito” e “prestações sucessivas” ainda hoje gera dúvidas práticas. Ao passo em que o precedente ora mencionado foi proferido há mais de duas décadas, o mesmo Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, em 2016, teve

119 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 2.246/SP. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199000015952&dt_publicacao=23/04/1990>. Acesso em: 06/03/2018.

120 *Idem*.

121 *Idem*.

que uniformizar jurisprudência quando analisou os Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.422.247/PE, cuja ementa segue transcrita:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRESCRIÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. SUDENE. TÉCNICO DE PLANEJAMENTO. PLANO DE CLASSIFICAÇÃO DE CARGOS. ANALISTA DE PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO. FUNDO DO DIREITO. PROVIMENTO.

1. Discute-se nos embargos de divergência o prazo prescricional para os servidores impugnarem o enquadramento realizado pelo Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão quando da extinção da SUDENE, por não terem sido incluídos no Plano de Classificação de Cargos instituído pela Lei n. 5.645/70, com a consequente transformação no cargo de Analista de Planejamento e Orçamento.

2. É cediço que o enquadramento ou o reenquadramento de servidor público é ato único de efeitos concretos, o qual não reflete uma relação de trato sucessivo. Nesses casos, a pretensão envolve o reconhecimento de uma nova situação jurídica fundamental, e não os simples consectários de uma posição jurídica já definida. A prescrição, portanto, atinge o próprio fundo de direito, sendo inaplicável o disposto na Súmula 85/STJ. Precedentes.

3. Na espécie, a lesão ao direito dos autores consumou-se a partir do momento em que os servidores, ao invés de passarem a integrar a carreira de Técnico de Planejamento, foram erroneamente enquadrados no cargo de Pesquisador. Assim, não se trata de uma mera omissão administrativa, mas um equívoco no enquadramento promovido a partir da regulamentação da Lei n. 5.645/70, devendo-se reconhecer a prescrição do fundo de direito.

4. Embargos de divergência a que se dá provimento (EREsp 1422247/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/09/2016, DJe 19/12/2016)¹²².

A controvérsia analisada por esse precedente mais recente não é a mesma apresentada pelo julgado de 1990. Nessa situação mais recente, o quadro fático foi um alegado erro da Administração Pública Federal quando teve que enquadrar servidores da antiga SUDENE em seus quadros.

Discute-se nos embargos de divergência o prazo prescricional para os servidores impugnarem o enquadramento realizado pelo Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão quando da extinção da SUDENE, por não terem sido incluídos no Plano de Classificação de Cargos instituído pela Lei n. 5.645/70, com a consequente transformação no cargo de Analista de Planejamento e Orçamento¹²³⁻¹²⁴.

122 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº 1.422.247/PE*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403262970&dt_publicacao=19/12/2016>. Acesso em 06/03/2018.

123 *Idem*.

124 Para fins de melhor compreensão, o “enquadramento” no caso em exame deve ser entendido como o ato administrativo de posicionar um servidor público em um determinado nível de uma determinada carreira.

Nesse julgamento, o Ministro Relator Og Fernandes, além de citar como base jurisprudencial o Recurso Extraordinário nº 110.419/SP apresentou estudo doutrinário sobre a interpretação das disposições presentes no Decreto-Lei nº 20.910/1932. Isso tudo para concluir que: “a lesão ao direito dos autores consumou-se a partir do momento em que os servidores, ao invés de passarem a integrar a carreira de Técnico de Planejamento, foram erroneamente enquadrados no cargo de Pesquisador”. Justamente por reconhecer que a pretensão dos servidores envolvia a revisão de um ato concreto único, não referente apenas à repercussão financeira temporal, o Tribunal declarou a ocorrência da prescrição do fundo de direito. Veja-se a seguir:

A pretensão deduzida na demanda não se limita às repercussões financeiras decorrentes de uma situação jurídica já reconhecida. Ao contrário, o que se busca na ação é o próprio reconhecimento de uma nova situação jurídica fundamental, ou seja, o enquadramento dos servidores no cargo de Técnico de Planejamento, transformado no cargo de Analista de Planejamento e Orçamento.

Nesse cenário, o posicionamento de cargos é ato único de efeitos concretos, de modo que a prescrição fulmina o próprio fundo de direito. Com efeito, desde o momento em que os autores foram cientificados a respeito do enquadramento levado a efeito pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, eles tinham condições de impugnar o ato administrativo, transcorrendo a partir daí a prescrição. Assim, como a demanda apenas foi proposta em 27/1/11, está evidenciada a fluência do lustro prescricional, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32¹²⁵.

Ora, apesar de especificidades fáticas distintas observa-se uma pré-configuração jurídica básica em ambos julgados. Certamente, eles não evidenciam uma contradição jurisprudencial; pelo contrário, denotam duas situações jurídicas complementares que servem como bússola uma da outra: a repercussão patrimonial sucessiva de uma relação jurídica tida por reconhecida não se confunde com a discussão sobre os termos em que essa relação jurídica foi consolidada.

Ainda quanto à prescrição da pretensão de revisão do próprio ato de enquadramento, cita-se, por exemplo, o Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 1.139.260/BA:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROFESSORA APOSENTADA. REENQUADRAMENTO NA CARREIRA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA. ATO ÚNICO DE EFEITOS CONCRETOS.

125 *Idem*.

1. Se a pretensão envolve o reconhecimento de uma nova situação jurídica fundamental, e não dos simples consectários de uma posição jurídica já definida [como, p. ex., em casos de enquadramento ou reenquadramento de servidor público], não se está diante de uma relação de trato sucessivo, mas de um ato administrativo único, comissivo e de efeitos concretos. Precedentes.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no AREsp 1139260/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 01/12/2017)¹²⁶

Em hipóteses iguais ao caso de prescrição da própria pretensão à revisão de enquadramento, os julgados proferidos: no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.551.155/PE (relatoria do Ministro Og Fernandes, DJe 05/12/2017)¹²⁷ e no Recurso Especial nº 1.698.470 (relatoria do Ministro Herman Benjamin, DJe 28/11/2017)¹²⁸. Percebe-se, então, que o foco nessa controvérsia está na revisão do próprio ato que justifica a existência de prestações sucessivas.

Ora, uma outra situação fática em que se observa a prescrição do fundo de direito é a revisão dos critérios do ato de aposentadoria. O julgamento do Recurso Especial nº 37.705/SP, apesar de antigo, é um bom precedente explicativo sobre a prescrição da pretensão à própria revisão dos critérios de aposentadoria. Confira-se a ementa desse precedente:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COMPLEMENTAÇÃO DE PROVENTOS. PRESCRIÇÃO. FUNDO DE DIREITO. - A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DAS AÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA ATINGE O PRÓPRIO FUNDO DE DIREITO QUANTO O ATO LESIVO DA ADMINISTRAÇÃO NEGAR A SITUAÇÃO JURÍDICA FUNDAMENTAL EM QUE SE EMBASA A PRETENSÃO VEICULADA JUDICIALMENTE. - NA HIPÓTESE EM QUE A ADMINISTRAÇÃO, AO DEFERIR A APOSENTADORIA DO SERVIDOR, NEGOU-LHE O PAGAMENTO DOS PROVENTOS INTEGRAIS, A SUPOSTA LESÃO JURÍDICA ATINGIU O FUNDO DE DIREITO, SENDO INAPLICÁVEL O COMANDO EXPRESSO NA SÚMULA N. 85/STJ, QUE DISCIPLINA A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL NAS RELAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO, EM QUE SÃO ATINGIDAS

126 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.139.260/BA*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701782078&dt_publicacao=01/12/2017>. Acesso em 06/03/2018.

127 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp 1.551.155/PE*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400950456&dt_publicacao=05/12/2017>. Acesso em 06/03/2018.

128 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.698.470/MG*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78173749&num_registro=201702368678&data=20171219&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 06/03/2018.

APENAS AS PARCELAS RELATIVAS AO QUINQUÊNIO ANTERIORE A PROPOSTURA DA AÇÃO. - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

(REsp 37.705/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/1996, DJ 17/06/1996, p. 21522)¹²⁹

A importância desse julgamento está na diferenciação entre pretensão de discutir os moldes em que o ato de aposentadoria foi desenvolvido e os efeitos patrimoniais que esse mesmo ato pode gerar durante o transcurso de tempo. Veja-se:

Analisando o caso posto em debate nos autos, verifica-se que o recorrente aposentou-se com proventos proporcionais ao tempo de serviço em 30.11.83, tendo ingressado em 1991 com ação de revisão de proventos, pleiteando a complementação integral da aposentadoria. Busca-se, efetivamente, desconstituir o próprio ato da aposentadoria que, à época em que se deu a inatividade, negou a existência do próprio direito vindicado e não somente de seus efeitos patrimoniais, por ter conferido ao ora recorrente proventos proporcionais ao tempo de serviço efetivo.

Em face desse quadro, é de se concluir que o próprio fundo de direito foi atingido pela própria prescrição, seja, o próprio direito à complementação integral da aposentadoria, porquanto fluíram mais de cinco anos da data em que se poderia exigir judicialmente tal direito.

Tal como a questão consequente do reenquadramento (ou revisão do ato de enquadramento), a discussão sobre a prescrição da pretensão à revisão dos atos de aposentadoria ainda se faz viva atualmente. Veja-se a seguinte ementa do Recurso Especial nº 1.661.083/RS:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO DA PRETENSÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RENÚNCIA. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS RECURSAIS. CABIMENTO. [...]

III - Nos casos de revisão de aposentadoria, para a complementação de contagem especial de tempo de serviço especial, a prescrição é do próprio fundo de direito, não se aplicando o enunciado da Súmula n. 85/STJ. Precedentes.

IV - O reconhecimento do direito à contagem do tempo de serviço especial, mediante as Orientações Normativas n. 3 e 7, expedidas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, não importa em renúncia à prescrição da pretensão de revisão da aposentadoria do servidor público. Precedentes.

129 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 37.705/SP*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199300223020&dt_publicacao=17/06/1996>. Acesso em: 06/03/2018.

V - *In casu*, é inaplicável tal orientação, pois a Administração Pública reconheceu, em 29.04.2015, ante requerimento do particular, seu direito à averbação de tempo de atividade insalubre, relativamente ao período de 01.06.1981 a 11.12.1990, alterando a portaria por meio da qual foi concedida aposentadoria ao servidor público. Tal ato concreto importa abdicação da contagem do lapso quinquenal, porquanto, na linha de orientação sedimentada nesta Corte, o reconhecimento pela Administração Pública, do direito do interessado, enseja a interrupção do prazo prescricional, ou, se já consumado, sua renúncia. Precedentes.

VI - Não ocorrência da prescrição quinquenal do Decreto n. 20.910/32.

VII - Os servidores públicos fazem jus à contagem do tempo de serviço prestado em condições perigosas, insalubres ou penosas, em período anterior ao advento da Lei n. 8.112/90, na forma da legislação previdenciária vigente à época das atividades exercidas.

VIII - Honorários recursais. Cabimento.

IX - Recurso não provido.

(REsp 1.661.083/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 16/11/2017)¹³⁰

Em hipóteses iguais ao caso de prescrição da própria pretensão à revisão de enquadramento, os julgados proferidos: no Recurso Especial nº 1.684.564/RJ¹³¹ e no Recurso Especial nº 1.259.558/PE¹³².

De todo modo, as argumentações jurídicas sobre prescrição e “fundo de direito” se mantêm vivas. Apesar de não se visualizar maiores divergências quanto à fixação da ideia jurídica apresentada, só no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (sem ignorar a realidade dos demais tribunais), verifica-se, ainda, inúmeras controvérsias que demandam a ratificação da diferenciação entre “fundo de direito” e “prestações de trato sucessivo”. Mas essas discussões passam sempre por uma questão: ou o objeto em debate está no âmbito da formalização do direito subjetivo em si considerado, ou está no âmbito dos efeitos patrimoniais de um determinado direito subjetivo durante o tempo.

Existe um destaque necessário para eliminar qualquer dúvida que ainda exista sobre a base do entendimento jurídico sobre “fundo de direito” e sobre “prestação sucessiva”. Conforme apresentado, se um servidor inativo visa que seus proventos alcance um valor maior por meio da revisão do ato de aposentadoria, ele terá que cuidar

130 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.661.083/RS*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77125767&num_registro=201700599037&data=20171116&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

131 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.684.564/RJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701573796&dt_publicacao=16/10/2017>. Acesso em: 06/03/2018.

132 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.259.558/PE*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101302225&dt_publicacao=09/08/2017>. Acesso em: 06/03/2018.

de ajuizar uma ação revisional em menos de cinco anos do momento em que entrou na inatividade, sob pena de amargar os efeitos da prescrição do fundo de direito. Situação completamente diferente ocorre quando o servidor, com base no próprio ato de aposentadoria, chega a conclusão de que os valores de aposentadoria estão errados. Ora, nessa última hipótese, a relação jurídica base já se encontra consolidada e não há ninguém querendo a sua reforma. Apenas se busca a efetiva concretização de seus termos durante o tempo. Essa segunda hipótese também é contemplada na prática jurídica. A propósito, o julgamento do Recurso Especial nº 1.688.530/SP. Confira-se a seguir a ementa desse precedente:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÕES E DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA. FERROVIÁRIOS, INATIVOS E PENSIONISTAS DA FEPASA. IPC. MARÇO/1990 E ABRIL/1990. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85/STJ. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA.

1. O STJ firmou entendimento de que, no que tange à extensão de reajustes salariais sobre o benefício de complementação de aposentadoria, a prescrição, nos termos da Súmula 85/STJ, atinge apenas as parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu o ajuizamento da ação.

2. No presente caso, o Tribunal de origem consignou que, "no Acordo Coletivo de Trabalho, que haveria de vigorar a partir de 10 de janeiro de 1990, firmado entre a FEPASA e os sindicatos representantes das diversas empresas ferroviárias, àquela aglutinadas, ficou estabelecido, na Cláusula I, item 4, que a FEPASA aplicaria o IPC, relativo a janeiro de 1990, e , enquanto vigente a Lei Federal nº 7.788/89, os índices posteriores, isto em relação a todas as faixas salariais" (fls. 243-244, e-STJ). Nesse contexto, a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demanda novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em Recurso Especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

3. A análise do dissídio jurisprudencial fica prejudicada, em razão da aplicação da Súmula 7 do STJ, porquanto não é possível encontrar similitude fática entre o acórdão combatido e os arestos paradigmas, uma vez que as conclusões díspares ocorreram, não em razão de entendimentos diversos, mas de fatos, provas e circunstâncias específicas do caso concreto.

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1688530/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017)¹³³

133 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.688.530/SP*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101302225&dt_publicacao=09/08/2017>. Acesso em: 06/03/2018.

Analisando a possibilidade de um servidor inativo requerer o pagamento de diferenças de proventos atrasadas a qualquer momento, desde que respeitados os termos já delineados no ato de aposentadoria e a prescrição das parcelas vencidas há mais de cinco anos, a ementa do julgado proferido no Agravo no Recurso Especial nº 1.048.762/RS:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. REAJUSTE SALARIAL DA LEI ESTADUAL GAÚCHA 10.395/1995. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE REVISÃO DO ATO DE APOSENTADORIA. COMPLEMENTAÇÃO DO VALOR DE PROVENTOS. NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85 DO STJ. AGRAVO INTERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O acórdão combatido se alinha à jurisprudência desta Corte Superior de que nos casos em que a pretensão envolve o pagamento de vantagem pecuniária, atinente à complementação da aposentadoria, sem que isso envolva a revisão dos critérios utilizados no próprio ato de aposentação, por se tratar de prestações de trato sucessivo que se renovam mensalmente, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, não ocorre a prescrição do fundo de direito, mas tão somente das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu à propositura da ação, nos termos da Súmula 85 do STJ.

2. Precedentes: AgInt no AREsp. 998.699/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 3.4.2017; AgInt no AREsp. 1.070.749/RS, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 25.8.2017; AgRg no REsp. 1.492.150/MG, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 28.5.2015; AgInt no REsp. 1.591.939/PR, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 10.8.2016; AgInt no REsp. 1.591.369/RS, Rel. Min. convocada DIVA MALERBI, DJe 14.6.2016.

3. Aliás, bem que deveria ser imprescritível a ação do Servidor Público para reclamar da Administração Pública o pagamento de verbas salariais/alimentares que, por ato imputado somente à Administração Pública, deixaram de ser pagas a tempo e modo, para não se premiar a desídia do devedor e nem permitir locupletar-se às custas do credor.

4. Lembre-se que há orientação jurisprudencial de que a Ação Civil Pública por improbidade administrativa pode beneficiar-se da imprescritibilidade, no que se refere à composição de dano causado à Administração por ato ímprobo. Essa orientação bem que poderia ser adotada, igualmente, quando o ato lesivo é praticado contra o particular, até por uma questão de isonomia. Mas esta sugestão em prol do Servidor permanece inacolhida pela jurisprudência dos Tribunais do País, sendo contramajoritária a sua postulação.

5. Agravo Interno do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1048762/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 26/10/2017)¹³⁴

Ressalta-se que nesse último precedente, o Tribunal declarou que:

[...] nos casos em que a pretensão envolve o pagamento de vantagem pecuniária, atinente à complementação da aposentadoria, sem que isso envolva a revisão dos critérios utilizados no próprio ato de aposentação, por se tratar de prestações de trato sucessivo que se renovam mensalmente, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, não ocorre a prescrição do fundo de direito, mas tão somente das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu à propositura da ação, nos termos da Súmula 85 do STJ¹³⁵.

Frisa-se: a explicação sobre o que vem a ser “fundo de direito” e “trato sucessivo” foi realizada com base em precedentes do Superior Tribunal de Justiça apenas por uma razão: cabe a esse Tribunal a uniformização do direito federal no âmbito nacional.

Isso não quer dizer, em absoluto, que as aferições de prescrição de “trato sucessivo” ou de “fundo de direito” sejam realizadas exclusivamente pelo Superior Tribunal de Justiça. Pelo contrário, diversos também são os precedentes proferidos por outros tribunais analisando qual pretensão deveria ser declarada prescrita (se a da formação do próprio direito subjetivo ou dos efeitos patrimoniais decorrentes desse direito subjetivo). O melhor exemplo dessa realidade já foi indicado anteriormente: trata-se do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 110.419/SP. Nesse julgado, o Ministro Moreira Alves, em seu voto-vista, salientou que:

O Fundo do direito é expressão utilizada para significar direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito a gratificação por prestação de serviços de natureza especial, etc.). A pretensão ao fundo do direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias decorrentes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito a quantum, renasce cada vez em que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido seu pagamento), e, por isso, se restringe

134 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 1.048.762/RS. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700194120&dt_publicacao=26/10/2017>. Acesso em: 06/03/2018.

135 *Idem*.

às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos termos exatos do artigo 3º do Decreto nº 20.910/32, que reza¹³⁶:

Ainda no âmbito do Supremo, observa-se a necessidade cotidiana de analisar se a pretensão do demandante está construída a partir do reconhecimento de um direito subjetivo (em si considerado) ou a partir das prestações sucessivas dele decorrentes. Exemplo: no julgamento proferido no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.077.624/DF, o Supremo declarou (por meio de transcrição de trecho do acórdão *a quo*) que: “O ato de revisão de aposentadoria para contemplar a possibilidade de reconhecer todo o tempo de serviço da apelante prestado sob condições especiais apresenta-se como ato único de efeitos concretos”¹³⁷.

A pensão por morte, em si considerada, forma um “fundo de direito”

A necessidade de distinção entre “fundo de direito” e “prestações sucessivas” é uma realidade também na prática de outros tribunais brasileiros. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal – por exemplo, no julgamento da Apelação Cível nº 0024983-81.2016.8.07.0018 – declarou a prescrição quinquenal da pretensão ao reconhecimento do próprio direito à pensão por morte de servidor. Confira-se a ementa desse julgado a seguir:

OBRIGAÇÃO DE FAZER. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. PRAZO QUINQUENAL. ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. APLICAÇÃO.

1. Tratando-se de pedido de reconhecimento do direito à percepção de pensão decorrente da morte de servidor público, sob a alegação de dependência econômica, o prazo para a manifestação da pretensão é quinquenal, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

2. Transcorridos mais de cinco anos do óbito do servidor e inexistindo qualquer causa suspensiva ou interruptiva do prazo, o reconhecimento da prescrição do fundo de direito é medida que se impõe, uma vez que não se evidencia qualquer relação de trato sucessivo.

3. Recurso conhecido e desprovido.

(Acórdão n.1046855, 20160110670709APC, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO 8ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 14/09/2017, Publicado no DJE: 20/09/2017. Pág.: 365/371)¹³⁸

136 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº. 110.419/SP*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=201500>>. Acesso em: 06/03/2018.

137 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº. ARE 1.077.624 AgR*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14164238>>. Acesso em: 06/03/2018.

138 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 20160110670709APC. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos->

Nesse julgamento, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios reconheceu que a demandante, além de ter se apresentado como dependente de um servidor público distrital falecido, afirmou a ocorrência de não provimento de seu pedido administrativo. Ademais, o Tribunal salientou que a demandante sustentou a não ocorrência da prescrição do fundo de direito (no caso, a declaração ao recebimento de pensão por morte), uma vez que a pensão gera efeitos patrimoniais sucessivos. Observa-se:

Em suas razões recursais (fls. 355-359), a apelante afirma que conviveu maritalmente com Luiz Gonzaga Guimarães, que era servidor público do Distrito Federal e faleceu em 27/4/1998. Em razão disso, pugnou pela concessão de pensão por morte, mas teve o pedido negado, pois o benefício já estava sendo repassado a Marli Pinheiro Guimarães, a segunda apelada.

Sustenta que a prescrição não estaria configurada, pois se refere à pensão por morte, cuja pretensão é de trato sucessivo, razão pela qual não se submeteria ao prazo quinquenal, uma vez que há renovação periódica. Logo, defende que apenas as prestações vencidas no quinquênio anterior ao ajuizamento da demanda estariam atingidas pelos efeitos da prescrição.¹³⁹

Em verdade, o Tribunal distrital citou o artigo 189 do Código Civil de 2002 para ressaltar que o início do prazo prescricional começou no momento em que a demandante teve interesse em buscar tutela jurisdicional. Ademais, declarou que esse prazo é de 05 anos para todo e qualquer direito demandado contra a Fazenda Pública nos termos do Decreto-Lei nº 20.910/1932, confira-se:

Conforme previsto no art. 189 do Código Civil, a prescrição incide sobre os direitos subjetivos que foram violados pelo inadimplemento de uma prestação, fazendo surgir o conflito de interesses e evidenciando a pretensão resistida.

[...]

O Decreto Lei nº 20.910/1932, em seu art. 1º, prevê que as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, assim como todo direito de ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, independentemente da sua natureza, prescrevem em cinco anos.

[...]

O mesmo dispositivo também esclarece que a contagem do prazo prescricional inicia-se na data do ato ou fato do qual originou-se o

¹³⁹ *Idem*.

direito vindicado. No caso, a apelante pugna pelo reconhecimento do direito à pensão por morte já recebida pela segunda apelada, argumentando que faria jus à metade dos valores, cujo fato originário é o óbito do servidor distrital Luiz Gonzaga Guimarães, ocorrido em 27/4/1998 (fl. 18).

Nesse contexto, somente com o falecimento é que surgiu para a apelante o direito de pleitear a pensão por morte em razão da alegada dependência econômica. Por isso, a pretensão deveria ser manejada nos cinco anos subsequentes à origem do suposto direito alegado.¹⁴⁰

Nesse julgamento, inexistiu menção expressa ao artigo 3º do Decreto-Lei nº 20.910/1932, apesar desse dispositivo ser o mais preciso quanto à diferenciação entre a consolidação de um direito subjetivo e as consequências desse direito subjetivo (depois de reconhecido) durante o tempo.

A omissão quanto à incidência do artigo 3º do Decreto-Lei nº 20.910/1932 não pode ser vista como causa de nulidade, pois ela não foi relevante para o deslinde da controvérsia. Isso porque há duas grandes premissas nesse julgado que afastam qualquer dúvida quanto à necessidade do reconhecimento do próprio direito à pensão por morte. A primeira delas é a aplicação do princípio da *actio nata*, normatizado pelo artigo 189 do CC/2002 (que vincula o início do prazo prescricional ao momento em que surge a pretensão). A segunda é premissa fática reconhecendo que o próprio direito à pensão foi negado administrativamente.

Ou seja, da leitura do acórdão é possível inferir que o objeto dos autos não se resumia ao pagamento de prestações sucessivas, mas sim na constituição do próprio direito subjetivo que ensejaria o pagamento de quantias mensais. Ora, se não há reconhecimento de um direito “A”, não existem pagamentos sucessivos a serem realizados a partir desse direito “A”. Não há efeito sem causa.

O reconhecimento do próprio direito à pensão por morte se submete ao prazo prescricional do artigo 1º do Decreto-Lei nº 20.910/1932?

A verdade é que o precedente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal não se encontra isolado no mundo jurídico. Enquanto esse Tribunal extinguiu a ação proposta por quem se apresentou como dependente de servidor distrital, o Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade, também já declarou a prescrição da pretensão ao recebimento da pensão por morte de servidor estadual e/ou federal.

140 *Idem*.

Volta-se aos precedentes apresentados na introdução deste trabalho. No âmbito do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.164.224/PR¹⁴¹, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, já em 2014, sujeitou a pretensão ao recebimento de pensão por morte de servidor estadual a ocorrência da prescrição. A propósito, confira-se trecho do voto da Ministra Eliana Calmon, relatora desse precedente:

Conforme se depreende dos julgados abaixo colacionados (oriundos da Primeira, Segunda, Quinta e Sexta Turmas), o STJ tem firme entendimento de que a prescrição atinge o próprio fundo de direito quando transcorridos mais de 05 (cinco) anos entre a morte do instituidor (servidor público estadual) e o ajuizamento da ação em que se postula o reconhecimento do benefício da pensão por morte:

[...]

Friso, ainda, que esta Corte tem entendimento assentado de que o requerimento administrativo em que o beneficiário postula o reconhecimento da pensão por morte não tem o condão de suspender ou interromper o lapso prescricional se formulado quando já transcorrido o prazo quinquenal do art. 1º do Decreto nº 20.910/32:

[...]

Por fim, advirto que não se discute aqui o prazo prescricional da ação em que o interessado postula a revisão ou reajustamento do benefício. Neste caso, a jurisprudência da Corte está firmada no sentido de que se trata de relação de trato sucessivo:

[...]

Com essas considerações, conheço e dou provimento aos embargos de divergência.¹⁴²⁻¹⁴³

Apesar de existir julgados mais recentes do que esse precedente (que serão, inclusive, citados adiante), esse ganha uma especial relevância por denotar uma declaração da própria Corte Especial com o fim de resolver divergências dentro do próprio Tribunal que tem a finalidade de pacificação das premissas jurídicas em âmbito de direito federal.

Na fundamentação desse julgado do STJ, há citação de precedentes diferenciando entre pretensão voltada para a declaração/constituição de um direito subjetivo e a pretensão ao recebimento de prestações sucessivas. E, nesse momento, não é possível duvidar que a constituição do direito à pensão tende a formação de uma situação jurídica anterior ao direito de receber quantias. Porém, há de se fazer uma ressalva a esse precedente da Corte Especial: o voto condutor do acórdão se resume a

141 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. EREsp nº 1.164.224/PR. *Op. cit.*

142 *Idem*.

143 Os trechos suprimidos são, apenas, a cópia de ementas de precedentes.

indicar ementas genéricas de julgados. Inexiste uma declaração jurídica sobre o que as normas legais determinam. Não há qualquer estudo sistemático do Ordenamento Jurídico.

Ou seja, não é possível asseverar que o precedente paradigma do Superior Tribunal de Justiça (para a prescrição do fundo de direito à pensão por morte de servidor) tem a mesma força convincente do voto-vista do Ministro Moreira Alves no Recurso Extraordinário nº 110.419/SP, em que há efetiva explicação do que vem a ser fundo de direito.

De qualquer modo, a existência desse precedente da Corte Especial é um parâmetro legítimo para a solução de novas controvérsias. Tanto que a Segunda Turma do próprio STJ declarou – no julgamento do Recurso Especial nº 1.655.723/MG – a prescrição de fundo de direito à pensão a partir da ementa dos Embargos de Divergência nº 1.164.224/PR. Confira-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DO DIREITO DE AÇÃO. PEDIDO ADMINISTRATIVO FORMULADO QUANDO JÁ OPERADA A PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO. REABERTURA DO PRAZO PRESCRICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO.

1. Trata-se de ação em que busca o recorrente desconstituir acórdão que reconheceu a prescrição do fundo de direito.

2. Consoante a firme jurisprudência do STJ, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, a prescrição atinge o próprio direito de ação, quando transcorridos mais de 5 (cinco) anos entre a morte do instituidor da pensão, servidor público estadual, e o ajuizamento da ação em que se postula o reconhecimento do benefício da pensão por morte. Com efeito, "a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, na sentada do dia 16.10.2013, quando do julgamento do Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.164.224/PR, da relatoria da Ministra Eliana Calmon, firmou a compreensão de que 'a prescrição atinge o próprio fundo de direito quando transcorridos mais de 05 (cinco) anos entre a morte do instituidor (servidor público estadual) e o ajuizamento da ação em que se postula o reconhecimento do benefício da pensão por morte', bem como o entendimento de que 'o requerimento administrativo formulado quando já operada a prescrição do próprio fundo de direito não tem o poder de reabrir o prazo prescricional'" (STJ, AgRg no REsp 1.398.300/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 5/2/2014). Em igual sentido: STJ, REsp 1.618.037/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 13/9/2016; AgRg no REsp 1.332.952/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe de 7/3/2013.

3. Conforme o acórdão recorrido, o falecimento da mulher do autor se deu em 8 de outubro de 1994 e o indeferimento do requerimento administrativo se deu em 24 de novembro de 2001, ou seja, mais de cinco anos do falecimento da servidora Maria Izaura de Souza Santos. Fica configurada neste caso a prescrição do fundo de direito.

4. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

5. Fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada foi afastada no exame do Recurso especial pela alínea "a" do permissivo constitucional, tendo em conta a aplicação das vedações previstas nos citados verbetes sumulares.

6. Recurso Especial não provido.

(EResp 1164224/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/10/2013, DJe 25/10/2013)¹⁴⁴

O único argumento eminentemente jurídico desse precedente da Segunda Turma é a existência de precedentes (em destaque, o paradigma da Corte Especial). Embora seja legítimo, é incapaz de refletir as premissas jurídicas que estão se consolidando no âmbito do Regime Próprio de Previdência Social, qual seja a imprescritibilidade do fundo de direito à pensão por morte. Veja-se, a seguir, a ementa do julgado do Recurso Especial nº 1.502.460/PR:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE. BENEFÍCIO DE RENDA MENSAL VITALÍCIA CONCEDIDO ERRONEAMENTE PELA ADMINISTRAÇÃO ANTES DA MEDIDA PROVISÓRIA. TRIBUNAL CONSIDEROU CORRETA A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA.

1. Caracterizado o benefício previdenciário como de caráter eminentemente alimentar, constituindo obrigação periódica e de trato sucessivo, não admite a pretendida prescrição do fundo do direito, mas tão somente das parcelas vencidas há mais de cinco anos, consoante já fixado pela Súmula 85/STJ.

2. O caput do art. 103 da Lei 8.213/1991 está voltado tão somente para o ato revisional de concessão do benefício. Não há que falar em prescrição do fundo de direito quando se trata de concessão de benefício previdenciário, inserido no rol dos direitos fundamentais.

3. O Tribunal de origem, mediante análise das provas dos autos, acolheu a argumentação da autora de que seu falecido cônjuge fazia jus à aposentadoria por invalidez, e não à Renda Mensal Vitalícia.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1502460/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 11/03/2015)

Na fundamentação desse precedente, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça teve o cuidado de explicar a razão pela qual o reconhecimento do direito à pensão é imprescritível. Com efeito, o Ministro Humberto Martins, de forma muito

144 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.655.723/MG. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700378649&dt_publicacao=20/06/2017>. Acesso em: 06/03/2018.

cristalina, declarou que: “Prescrição do fundo de direito não há, quando se trata de concessão de benefício previdenciário, inserido no rol dos direitos fundamentais”¹⁴⁵. Mas esse não foi o único fundamento desse precedente. Houve, também, a observação de que a pensão por morte tem uma finalidade alimentar periódica, de tal modo que não podem ser cobradas apenas as parcelas vencidas além do prazo prescricional:

Aliás, caracterizado o benefício previdenciário como de caráter eminentemente alimentar, constituindo obrigação periódica e de trato sucessivo, não admite a pretendida prescrição do fundo do direito, mas tão somente das parcelas vencidas há mais de cinco anos, consoante já fixado pela Súmula 85/STJ.¹⁴⁶

Ora, esse não foi o único precedente que reconheceu caráter imprescritível de benefício previdenciário. Apesar de não se referir à pensão por morte, no julgamento do Recurso Especial nº 1.418.109/CE, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça declarou que o não exercício de um benefício previdenciário não pode importar na prescrição de sua ação, tendo em vista o seu caráter fundamental. A propósito, veja-se:

1. O salário maternidade é um benefício previdenciário pago pelo prazo de 120 (cento e vinte dias) dias pelo INSS à Segurada regida pelo Regime Geral de Previdência Social, em decorrência de nascimento de filho ou em virtude de obtenção de guarda judicial para fins de adoção de criança de até 8 (oito) anos de idade.

[...]

4. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 626.489/SE, com repercussão geral reconhecida, firmou entendimento de que o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário, reconhecendo que inexistente prazo decadencial para a concessão inicial de benefício previdenciário. Eis a ementa do julgado:¹⁴⁷

Por uma questão de coerência, se a pensão por morte é declarada imprescritível no âmbito do Regime Geral, ela também deveria ser declarada imprescritível no âmbito do Regime Próprio de Previdência Social?

Observe-se, da leitura do trecho mencionado, a existência de referência a um julgado (de relatoria do Ministro Roberto Barroso) do próprio Supremo Tribunal Federal com repercussão geral reconhecida em que o caráter fundamental dos benefícios previdenciários fora declarado. Consequentemente, o próprio Supremo, asseverou que

¹⁴⁵ *Idem*.

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.418.109/CE*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78409168&num_registro=201303785170&data=20171206&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

não há decadência para se requerer a concessão inicial do benefício previdenciário. Note a ementa do acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 626.489/SE:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA.

1. O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário.

2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário.

[...]

4. Inexistente direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência.

5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 626489, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-184 DIVULG 22-09-2014 PUBLIC 23-09-2014)¹⁴⁸

Com efeito, nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a instituição de um benefício previdenciário não se sujeita a decadência, apesar da possibilidade de decadência do direito à revisão. Veja-se:

15. No encerramento deste tópico, é possível sintetizar os dois parâmetros gerais que devem reger a matéria:

a) não há prazo decadencial para a formulação do requerimento inicial de concessão de benefício previdenciário, que corresponde ao exercício de um direito fundamental relacionado à mínima segurança social do indivíduo;

b) a instituição de um prazo decadencial de dez anos para a revisão dos benefícios já concedidos é compatível com a Constituição Federal. Trata-se de uma conciliação razoável entre os interesses individuais envolvidos e os princípios da segurança jurídica e da solidariedade social, dos quais decorre a necessidade de se preservar o equilíbrio atuarial do sistema em benefício do conjunto de segurados atuais e futuros.¹⁴⁹

Tendo em vista a declaração judicial (inclusive em repercussão geral) de que benefícios previdenciários estão relacionados a direitos fundamentais, eventual diferença de tratamento na prescrição da pensão por morte de servidores em comparação com a

148 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 626.489/SE*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6760827>>. Acesso em: 06/03/2018.

149 *Idem*.

decorrente do falecimento de segurado pelo regime geral apenas se justificaria a partir do postulado da isonomia.

A propósito, cabe mencionar que já existe precedente jurisprudencial reconhecendo a imprescritibilidade de pensão por morte de servidor a partir do caráter alimentar da pensão por morte. Trata-se do precedente proferido no Recurso Especial nº Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.429.237/MA.

De todo modo, essa discussão ainda não está pacificada no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça. De fato, há o paradigma da prescrição da pensão por morte de servidor proferido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Porém, esse mesmo órgão julgador ainda não concluiu julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.269.726/MG, cuja relatoria pertence ao Ministro Napoleão Maia Nunes Filho, mas que está em sede de voto-vista da Ministra Assusete Magalhães.

No julgamento desses embargos de divergência, poderá haver uma sinalização de uniformização dos entendimentos (ao menos, nesse primeiro momento, no âmbito do STJ...). Afinal, o Ministro Napoleão admitiu os embargos em que: I) o recorrido é instituto de previdência de servidor estatutário; II) o objeto da controvérsia recursal é a ocorrência ou não da prescrição do fundo de direito; III) o recorrente visa a declaração de que tem direito à pensão por morte. Confira-se:

Trata-se de Embargos de Divergência interpostos por MATEUS JOSÉ ARAÚJO e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. PRESCRIÇÃO DO PRÓPRIO FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA.

1. Nos casos em que se pleiteia a pensão por morte, a prescrição atinge o próprio fundo de direito. Precedentes: AgRg no Ag 1354366/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 18/04/2011; AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1194002/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 04/04/2011 e REsp 1191933/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 29/11/2010.

[...]

3. Por sua vez, o MPF sustenta ser de trato sucessivo a prescrição aplicável à espécie, conforme o teor da Súmula 85/STJ, reputando prescritas apenas as parcelas anteriores ao quinquênio anterior ao ajuizamento da Ação.

[...]

6. À primeira vista, encontra-se caracterizada a alegada divergência, motivo pelo qual, cumpridas as formalidades previstas no art. 266, § 1º

do Regimento Interno do Superior Tribunal, admitem-se os presentes Embargos de Divergência¹⁵⁰.

A certeza que se obtém neste momento do trabalho é a necessidade de uniformizar o entendimento jurisprudencial sobre a aplicação da prescrição no benefício pensão por morte.

Resta determinar se a pretensão da pensão por morte de servidor deve ser considerada prescritível, apesar da disposição normativa presente no artigo 1º do Decreto-Lei nº 20.910/1932. Para isso, deve-se observar a base normativa inerente à Previdência Social (já que o Regime Geral e o Regime Próprio concretizam esse direito fundamental) e a consequência de sua posição topográfica na Constituição de 1988.

150 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática nos ERESP nº 1.269.726/MG. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=61803128&num_registro=201200989264&data=20160606&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

II – A base previdenciária do Regime Geral e do Regime Próprio.

Como observado, a previdência social já é considerada um direito fundamental pelo fato de estar expressamente citada no artigo 6º da Constituição da República atual. Sua inclusão nesse rol não destempera a importância dos direitos sociais. Pelo contrário, revela um aspecto inerente à natureza humana; que, por ser um vivente, certamente ficará incapacitado de promover o sustento próprio ou familiar, seja por doença, por velhice ou por morte.

Para fins de melhor compreensão sobre a exposição dos conceitos dos institutos de previdência social, bem como seus princípios, convém observar alguns aspectos históricos previdenciários. Destaca-se que o fim desse trabalho não é uma completa abordagem história do Direito Previdenciário em si, mas sim de questões centrais que circundam a previdência e o ser humano trabalhador. Com efeito, através dos breves fatos apresentados a seguir, espera-se ressaltar o liame capaz de justificar a transposição de princípios jurídicos já reconhecidos no Regime Jurídico Geral de Previdência Social também no Regime Próprio de Previdência Social e vice-versa.

Breve apresentação história da previdência social.

O desenvolvimento da previdência social teve passos marcados na Alemanha quando houve a edição da Lei dos Seguros Sociais em 1883. Por meio dessa Lei, houve a criação do seguro-doença. Outros atos normativos introduziram o seguro de acidente de trabalho (1884), o de invalidez e o de velhice (ambos em 1889).¹⁵¹ Atribui-se caráter político a criação desses benefícios, que foram uma tentativa de contenção social aos movimentos socialistas, tendo em vista crises nos sistemas industriais¹⁵². Ademais, as normas alemãs já previam um sistema de contribuição obrigatória por parte dos empregadores e dos empregados.

A noção de previdência social alcançou status constitucional nas Constituições da Alemanha (1919) e do México (1917).

151 AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 8ª Edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 149.

152 Convém lembrar que o Manifesto Comunista teve sua primeira publicação ocorrida em 21 de fevereiro de 1848. Ademais, observa-se, também, que a iniciativa alemã ocorreu em momento pouco anterior à Revolução Russa, ocorrida em 1917, que conduziu o Partido Bolchevique ao Poder russo.

O custeio da previdência social por meio de tributos foi introduzido pela Inglaterra em 1942 por meio do Plano Beveridge, “esse formato de previdência social tem a vantagem de ser verdadeiramente universal e solidário, pois inclui todo o povo, mas é de difícil equilíbrio financeiro e autoral, ficando conhecido como sistema inglês ou beveridgiano”¹⁵³.

No âmbito do Direito Internacional, mencione-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde há proteção à segurança abrange os riscos de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e outros casos em que se perde parte da capacidade de sustento¹⁵⁴.

Ademais, nem em todas as partes do Globo a previdência social desenvolveu-se por meio de um sistema de natureza oficial (como o inglês). Por exemplo, o Chile passou a oferecer um sistema previdenciário de natureza privada a partir das orientações fixadas pelo Banco Mundial¹⁵⁵⁻¹⁵⁶.

No Brasil, os funcionários públicos incapacitados em razão da atividade prestada ao Estado eram aposentados com base no artigo 75 da Constituição de 1891. Reconhece-se que foi a primeira proteção expressa de um benefício de natureza eminentemente previdenciária no País em um texto constitucional. Isso não quer dizer que houve a instituição de um regime previdenciário. Ressalta-se, também que essa aposentadoria era concedida independentemente de contribuições¹⁵⁷.

153 AMADO, Frederico. *Op. cit.* p. 150.

154 Artigo 25, 1: “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”. *Declaração Universal dos Direitos do Humanos*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 06/03/2018.

155 AMADO, Frederico. *Op. cit.* p. 150.

156 Convém salientar que o caráter privado da previdência chilena não esteve imune a problemas. Com efeito, a contribuição realizada pelos trabalhadores acarretou a concessão de aposentadorias em valor pequeno, incompatível com a manutenção da capacidade econômica da pessoa, que não tem mais a mesma capacidade laborativa. “Agora, quando o novo modelo começa a produzir os seus primeiros aposentados, o baixo valor das aposentadorias chocou: 90,9% recebem menos de 149.435 pesos (cerca de R\$ 694,08). Os dados foram divulgados em 2015 pela Fundação Sol, organização independente chilena que analisa economia e trabalho, e fez os cálculos com base em informações da Superintendência de Pensões do governo.” (BBC Brasil. REVERBEL, Paula. *Como é se aposentar no Chile, o 1º país a privatizar sua Previdência*. 16/05/2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-39931826>>. Acesso em: 06/03/2018).

157 “A Constituição Imperial (1824) apenas garantiu formalmente os ‘socorros públicos’ (artigo 179, inciso XXXI), de pouca regulamentação em razão da doutrina liberal de época” (AMADO, Frederico. *Op. cit.* p. 151).

Antes mesmo da primeira proteção constitucional de um benefício previdenciário, o Brasil já contava com diplomas normativos possibilitando a concessão de benefícios esparsos e restritos a algumas categorias profissionais. Exemplos: aposentadorias a mestres e professores (1821) e a trabalhadores de estradas de ferro do Estado (1888).

No Brasil, prevalece doutrinariamente que a previdência social nasceu com o advento da Lei Eloy Chaves, em 1923 (Decreto-Lei 4.682), que determinou a criação das caixas de aposentadorias e pensões para os ferroviários, mantidas pelas empresas, pois naquela época os ferroviários eram bastante numerosos e formavam uma categoria profissional muito forte.¹⁵⁸

Observa-se que a Lei Eloy Chaves teve caráter privado (custeada pelos empregados e pelos empregadores, que depositavam contribuições em banco escolhido pela Caixa de Aposentadoria e Pensões criada pela Lei) e não regulou a situação previdenciária no serviço público brasileiro. Contudo, outras categorias foram incluídas no âmbito da proteção legal com o passar do tempo.

Na realidade, a previdência pública brasileira apenas iniciou-se em 1933, através do Decreto 22.872, que criou o Instituto de Previdência dos Marítimos – IAPM, pois gerida pela Administração Pública, surgindo posteriormente os seguintes Institutos: dos comerciários e bancários (1934); dos industriários (1936); dos servidores do estado e dos empregados de transportes e cargas (1938).

De efeito, os Institutos, ao contrário das Caixas de Aposentadorias e Pensões, tinham maior abrangência, pois abarcavam categorias profissionais inteiras, e não apenas os empregados de determinada empresa, além de estarem sujeitos ao controle e administração estatal¹⁵⁹.

O custeio da previdência foi incrementado por recursos arrecadados pelo Estado por meio da Constituição de 1934, mas a introdução constitucional do termo previdência foi adveio na Constituição de 1946, que também previu a necessidade de precedência de custeio após a Emenda Constitucional n. 11/1965.

Importante destacar que a unificação dos benefícios ocorreu em 1960 por meio da Lei n. 3.807 e que em 1967 houve a criação do Instituto Nacional de Previdência Social, que unificou a previdência dos trabalhadores urbanos. Adiante, os trabalhadores rurais também foram incluídos. Note-se que houve a criação de uma sistematização normativa quanto aos segurados do Regime Próprio de Previdência Social, mas isso não

¹⁵⁸ *Ibidem*. p. 152.

¹⁵⁹ *Ibidem*. p. 153.

impediu que a formação de Previdência Social Privada fosse introduzida no cenário nacional.

Atualmente, a Constituição da República de 1988 sistematizou a disciplina da previdência social conjuntamente com a assistência social e a saúde. Essas três grandes frentes dão vida à Seguridade Social. Essa sistematização garante: I – que todas as pessoas presentes no País têm direito a um atendimento de saúde gratuito; II – idosos ou deficientes, desde que carentes, conseguem um salário mínimo por meio das políticas de assistência social; III – uma maior regulamentação na concessão de benefícios previdenciários.

Ainda referente ao Regime Geral de Previdência Social, houve a fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS) com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Formou-se, assim, o atual Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). De certo, a denominação é mais apropriada aos termos constitucionais e cabe à essa entidade administrativa a operacionalização dos benefícios contidos no Regime Geral de Previdência Social.

Observa-se uma nítida evolução das normas previdenciárias no Direito brasileiro em pequeno espaço de tempo. Isso se destaca ainda mais no final do Século XX. Apesar do desenvolvimento normativo acelerado, mudanças no âmbito do Direito Previdenciário ainda são necessárias em face do grande debate que envolve o custeio dos benefícios e as hipóteses de suas concessões.

Com efeito, as grandes discussões previdenciárias atuais demonstram uma aproximação no tratamento de concessão de benefícios tanto para trabalhadores do Regime Geral de Previdência Social quanto para servidores públicos abrangidos por um Regime Próprio de Previdência Social.

De fato, as grandes mudanças citadas anteriormente, que marcaram uma ampliação na fonte de custeio e na inclusão de categorias no sistema previdenciário, ocorreram – principalmente – nas relações dos trabalhadores sem vínculos estatutários.

A própria União (por meio do Ministério da Previdência Social) já admitiu que benefícios, tais como aposentadoria, não tinham caráter eminentemente previdenciário quando eram concedidos para servidores públicos estatutários. Na verdade, o que deveria ser um regime previdenciário de servidores públicos era uma consequência de um vínculo jurídico-administrativo.

A escassez dos recursos públicos e a consequente insuficiência dos mesmos para fazer face ao custeio dos benefícios previdenciários, que oneram significativamente as despesas de pessoal dos entes (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e militares dos Estados e do Distrito Federal), aliadas às variações demográficas da população brasileira, exigiram uma reforma constitucional, iniciada com a edição da Emenda Constitucional nº. 20, de 1998. Essa Emenda imprimiu o caráter previdenciário aos benefícios a serem concedidos ao servidor e seus dependentes.

Na nova redação do *caput* do artigo 40, foram estabelecidos, além dos requisitos de concessão dos benefícios aos beneficiários, os critérios básicos de estruturação e funcionamento do regime próprio para os servidores da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, consubstanciados no caráter contributivo e no equilíbrio financeiro e atuarial.

Passou-se a prever a garantia expressa de um regime de previdência próprio, limitando-se o amparo, nesse regime, aos titulares de cargo efetivo. Os servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, cargos temporários ou de emprego público foram vinculados, expressamente, ao RGPS¹⁶⁰.

De fato, a redação original do artigo 40 da Constituição da República de 1988 não deixou consignada uma fonte de custeio para a aposentadoria de servidores públicos estatutários. Confira-se:

Art. 40. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º - Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§ 2º - A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3º - O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade.

160 Secretaria de Políticas de Previdência Social; Ministério da Previdência Social. Debates – Previdência Social: Reflexões e desafios. In: Coleção Previdência Social. Volume 30. 1ª Edição, 2009. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_100202-164641-248.pdf>. Acesso em: 06/03/2018.

§ 4º - Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

§ 5º - O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.¹⁶¹

Ressalta-se que a norma atual do artigo 40 da Constituição da República decorre da Emenda Constitucional n. 41 de 2003 (e se a reforma da Previdência ocorrer em 2018, será modificada novamente). Porém, foi a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 20 de 1988 que o regime previdenciário de todos os servidores estatutários passou a ser de natureza contributiva.

O regime previdenciário do servidor público, especificamente o da União, pode ser dividido em dois momentos: o primeiro vigorou até a edição da EC nº 03/1993 e o segundo, a partir de então. O primeiro eminentemente premial, porquanto vinculado a uma garantia derivada do vínculo jurídico mantido com o Estado, o segundo, com posteriores mudanças do texto legal, com base no tempo de contribuição. A citada EC nº 03/1993 fez incluir no Texto Constitucional o § 6º do artigo 40, nos seguintes termos: [...]. Foi com a publicação da EC nº 20/1988, contudo, que se promoveu a verdadeira primeira reforma da previdência no Brasil, pós-CF/1988. Com o advento dessa norma constitucional ficou instituído o regime próprio contributivo em todos os entes federados exclusivamente aos servidores titulares de cargo efetivo, devendo observar os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial¹⁶².

Ora, houve uma grande confusão histórica entre o que deveria ser uma normatização de regime previdenciário próprio com o próprio regime estatutário¹⁶³. Talvez isso também tenha ocorrido em face da grande força política que o debate previdenciário ganhou com o desenvolvimento de categorias profissionais brasileiras, já que houve uma grande evolução normativa privada antes da mudança de prisma também para o serviço público...

A correlação entre regime jurídico-administrativo e o campo estrito do Direito Previdenciário na concessão de benefícios é consequência de disposições de normativas

161 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Op. cit.

162 MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de Direito Previdenciário e Administrativo no Serviço Público*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 43.

163 Nesse sentido, AMADO, Frederico. Op. cit. p. 1.283.

legais de natureza cogente¹⁶⁴. Mas a regulamentação estatutária pode cometer um erro inequívoco caso frustre os princípios e a finalidade securitária da previdência. Ainda mais quando se leva em consideração a vigência da Carta de 1988, cujo art. 201¹⁶⁵, ainda em sua redação original, já reportava a existência de planos de Previdência Social (que permite inferir a existência de mais de um distinto).

Há de se reconhecer que nada nasce fielmente pronto e acabado. Se houve espaço para desenvolvimento do Regime Geral, há também campo para que o Regime Próprio evolua dentro das especificidades gerais do Direito Previdenciário Brasileiro. Afinal, esse ramo do Direito é, como se verá, autônomo e possui diversos princípios.

De todo modo, a necessidade de reconhecer que os servidores públicos também estão sujeitos aos mesmos riscos dos trabalhadores vinculados ao Regime Geral de Previdência Social demanda que ambos tenham tratamento igualitário, desde que na medida de suas desigualdades intrínsecas. Aliás, o fato da existência dos mesmos riscos para servidores e trabalhadores e o valor social da justiça (aqui existente a partir do princípio constitucional da igualdade) já estão acarretando normas previdenciárias capazes de promover uma melhor sistematização do regime previdenciário brasileiro. Exemplos disso estão nas Leis nº 9.717/1998¹⁶⁶ e 10.887/2004¹⁶⁷ (e nos consequentes estudos que se fazem a partir desses diplomas), bem como no fato de que servidores públicos estarem submetidos às regras do Regime Geral na ausência de um estatuto próprio criado pelo ente federativo (art. 12 da Lei nº 8.213/1991¹⁶⁸).

164 Esta relação é de cunho legal, não decorrente de contrato. Daí afirmar-se que a natureza jurídica do RPPS pressupõe um ordenamento jurídico-legal, um estatuto próprio, no qual está previsto todo o arcabouço de normas que lhe são aplicáveis. Diferentemente do RGPS, em que prevalece o caráter privado, no RPPS as relações jurídicas desenvolvem-se no âmbito público” (MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Op. cit.* p. 42).

165 “Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. cit.*)

166 “Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências.” (BRASIL, *Lei Ordinária nº 9.717/1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9717.htm>. Acesso em: 06/03/2018).*

167 “Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências.” (BRASIL, *Lei Ordinária nº 10.887/2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.887.htm>. Acesso em: 06/03/2018).*

168 “Art. 12. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que

A proteção de riscos sociais a partir dos princípios securitários e previdenciários

A partir do artigo 3º, incisos I e IV, da Constituição de 1988¹⁶⁹, pode-se dizer que a construção de uma sociedade solidária e a promoção do bem de todos pertencem aos objetivos da República. A previsão normativa não é despropositada. O ser humano, naturalmente, possui necessidades que não podem ser suprimidas apenas por força de seu trabalho. Por isso, a manutenção de cada indivíduo depende da responsabilidade de todos que estão envolvidos em um contexto social¹⁷⁰. Considerando que é possível a ocorrência eventos capazes de abalar a subsistência, abre-se espaço para políticas públicas no âmbito da seguridade social.

A seguridade social é um instrumento que visa prevenir, assistir e proteger os membros da sociedade diante das contingências sociais. Constitui-se, de um lado, em dever jurídico do Estado e, de outro, em direito subjetivo das pessoas que necessitarem da prevenção, assistência ou proteção.

Como desenhada no sistema constitucional brasileiro, a seguridade social não tem só a função de atender às necessidades imediatas decorrentes da ocorrência dos eventos nele prescritos. Seu papel transcende aquele que era típico dos antigos sistemas de previsão, pois lhe cabe, no seu âmbito de atuação, também cumprir os objetivos dos sistemas no qual se insere: os da ordem social mais proximamente e, ao fim e ao cabo, os da República Federativa do Brasil. Daí por que se pode afirmar que a seguridade social cumpre, hoje, importante papel socioeconômico, pela via da redistribuição de renda¹⁷¹.

Observa-se desse contexto o princípio da solidariedade que, nos dizeres de Fábio Ibrahim, é o de maior importância dentro da sistematização da seguridade social¹⁷².

O princípio da solidariedade no âmbito da Previdência Social deve ser visto com devidos contornos. De fato, além de não ser todos os membros sociedade os responsáveis pelo custeio do sistema, apenas parte dos integrantes da previdência

amparados por regime próprio de previdência social”. (BRASIL, *Lei Ordinária nº 8.213/1991. Op. cit.*).

169 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. cit.*).

170 “O ser humano vive e convive em sociedade: sempre estará vinculado a alguma comunidade. Isto quer dizer que não poderá escapar desse tipo de responsabilidade, que não poderá deixar de pagar o preço pelo fato de levar a vida não consigo mesmo, mas entre seus semelhantes. Note-se, no entanto, que essa responsabilidade não se vincula à culpa, não havendo sequer cogitar de culpa social” (PINHO, Leda de Oliveira. *O conteúdo normativo do princípio da solidariedade no sistema da seguridade social. In: LAZZARI, João Batista; LUGON, Luiz Carlos de Castro. Curso Modular de Direito Previdenciário*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 61).

171 *Ibidem*. p. 63.

172 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. cit.* p. 64.

receberam alguma espécie de benefício¹⁷³. Além disso, não se pode visualizar na solidariedade um meio de socialização de pobreza com benefícios de menor valor custeados apenas por receitas tributárias gerais. Assim, o recebimento de benefício a partir da concretização do risco a partir de recursos auferidos também com recursos dos particulares segurados é um fator de maior estabilidade à manutenção da subsistência a quem está vinculado à previdência social¹⁷⁴.

Se as pessoas optassem pela proteção individual, sendo cada um responsável por si mesmo, não teriam segurança alguma a curto e médio prazos, pois não haveria tempo satisfatório para compor um fundo financeiro suficiente para seu sustento.

Mesmo a longo prazo, grande parte da sociedade também não atingiria um numerário adequado, com evidente deterioração do padrão de vida da população.

A solidariedade impede a adoção de um sistema de capitalização pura em todos os segmentos da previdência social, em especial no que diz respeito aos benefícios não programados, pois o mais afortunado deve contribuir mais, tendo em vista a escassez de recursos e contribuições de outros¹⁷⁵.

Os demais princípios securitários estão elencados nos incisos do parágrafo único do artigo 194 da Constituição de 1988¹⁷⁶. Confira-se:

Art. 194. [...]

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

173 A previdência: alguns por alguns – o risco social impõe o custeio do sistema por alguns membros da sociedade. Esses serão, conseqüentemente, os segurados (sendo possível considerar os dependentes no âmbito da proteção). Isso não quer dizer que todos irão, de uma só vez, usufruir de todas os benefícios previdenciários. Afinal, o benefício previdenciário será implementado à medida em que o risco social venha se concretizar em um fato. Logo, “No caso da previdência social esses recursos são carreados por alguns, os segurados, em benefício também de alguns, os segurados e seus dependentes. Em síntese, na previdência social impera a regra do alguns por alguns” (PINHO, Leda de Oliveira. *Op. cit.* p. 69).

174 *Idem*.

175 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. cit.* p. 65.

176 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. cit.*

O princípio da universalidade de cobertura e atendimento, contido no inciso I, do dispositivo constitucional mencionado, revela qualquer pessoa pode participar da proteção social estatal. A subsistência do indivíduo é um fim do próprio Estado que não é mitigado com a natureza contributiva da previdência, uma vez que a promoção da saúde e da assistência social não encontra restrições a determinadas classes de segurados¹⁷⁷.

A doutrina reconhece uma dimensão objetiva ao alcance da universalidade de cobertura, uma vez que se observa o fim de abranger todos os riscos sociais que possam gerar necessidade. A seu turno, a universalidade de atendimento é considerada uma dimensão subjetiva por revelar intenção de alcance a todas as pessoas inclusas no sistema de proteção.

Convém lembrar que o princípio da universalidade não é absoluto. Ele haverá de se concretizar a partir de outros, de tal modo que “este princípio é realizável, na medida em que recursos financeiros suficientes são obtidos. Não há como se criarem diversas prestações sem custeio respectivo”¹⁷⁸.

O segundo princípio da seguridade social é a uniformidade e equivalência de prestações entre populações urbana e rural. A menção desse princípio no texto constitucional justifica nas diferenças entre trabalhadores rurais e urbanos em época anterior à Constituição atual. Apesar do texto normativo literal, visualiza-se, sim, possibilidade de trabalhadores rurais e urbanos passarem por algum tipo de diferenciação a partir dos critérios de isonomia¹⁷⁹. Desse modo, os riscos cobertos pela seguridade social deverão ser os mesmos tanto para trabalhadores urbanos quanto para rurais, salvo algum tratamento diferenciado razoável, sob pena de discriminação negativa injustificável e consequente inconstitucionalidade material¹⁸⁰.

177 “Ao revés, a previdência terá a sua universalidade limitada por sua necessária contributividade, vez que o gozo das prestações previdenciárias apenas será devido aos segurados (em regra, aqueles que exercem atividade laborativa remunerada) e aos seus dependentes, pois no Brasil, o sistema previdenciário é contributivo direto”. (AMADO, Frederico. *Op. cit.* p. 32).

178 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. cit.* p. 66.

179 “Também aplica-se a esta regra o princípio geral da isonomia. A igualdade material determina alguma parcela de diferenciação entre esses segurados, sendo que a própria Constituição assim procede, ao prever contribuições diferenciadas para o pequeno produtor rural (art. 195, § 8º). Dessa forma, algumas distinções no custeio e nos benefícios entre urbanos e rurais são possíveis, desde que sejam justificáveis perante a isonomia material, e igualmente razoáveis, sem nenhuma espécie de privilégio para qualquer dos lados” (*Ibidem.* p. 67).

180 AMADO, Frederico. *Op. cit.* p. 33.

O terceiro princípio mencionado na Carta de 1988 é o da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. Observa-se um princípio que define limites ao da universalidade já analisado. Isso porque leva em consideração a existência de custos na implementação das prestações securitárias. Tendo em vista que a quantidade de recursos financeiros a disposição do Estado não é infinita, “caberá ao Legislador efetuar as chamadas escolhas trágicas, ou seja, definir na lei orçamentária onde aplicar os limitados recursos, dentro das ilimitadas demandas da sociedade”¹⁸¹. Desse modo, o sistema jurídico deverá, além de selecionar as prestações sociais mais relevantes para serem atendidas, estabelecer como irá distribuir essas prestações às pessoas que mais precisam.

Em outros termos, enquanto a seletividade tem objeto na definição das prestações, a distributividade se relaciona com a definição de quem terá direito a essas prestações.

O quarto princípio da seguridade social é o da irredutibilidade do valor dos benefícios. O que se observa aqui é a impossibilidade de redução do valor nominal do benefício, a fim de se evitar o retrocesso securitário, mesmo em épocas de crise econômica¹⁸². No âmbito da previdência social, cabe salientar que o valor do benefício não pode perder seu valor real. Ou seja, a irredutibilidade previdenciária é de natureza material.

Logo, v.g., se um benefício da saúde pública ou da assistência social for pago no valor de R\$ 200,00 por longo período, não haverá violação constitucional, pois apenas o seu valor nominal não poderá ser diminuído, inexistindo determinação para o seu reajustamento periódico visando manter o poder real de compra, certamente em razão do seu caráter não contributivo.

Contudo, no caso de um benefício previdenciário, além de não poder reduzir o seu valor nominal, o Poder Público ainda deverá garantir o seu reajustamento periódico, a teor da ordem insculpida no artigo 201, § 4º, da Constituição, em função do caráter contributivo que marca a previdência social no Brasil¹⁸³.

O próximo princípio a ser analisado é o de equidade na forma de participação no custeio. Relacionado com a isonomia e com a capacidade contributiva, o custeio da

181 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. cit.* p. 67.

182 A preservação somente do valor nominal é alvo de críticas doutrinárias. Zambitte assevera que o sistema constitucional seria imperfeito se não fechasse a possibilidade de violação ao conteúdo pecuniário da prestação de natureza previdenciária. (*Ibidem.* p. 69).

183 AMADO, Frederico. *Op. cit.* p. 35.

seguridade social abrange o maior número de entidades possível, mas cada uma delas contribui à medida em que possui recursos financeiros disponíveis.

As contribuições para a seguridade social a serem pagas pelas empresas também poderão ser progressivas em suas alíquotas e bases de cálculo, conforme autoriza o artigo 195, § 9º, da Constituição Federal, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho, sendo outro consectário do Princípio da Equidade no Custeio¹⁸⁴.

Convém lembrar que o esteio da seguridade é a solidariedade. Desse modo, razoável esperar de quem pode contribuir mais uma fonte de custeio maior (mesmo que de forma indireta) ao passo em que nada se exigem das pessoas que não possuem recursos disponíveis¹⁸⁵.

O penúltimo princípio da seguridade é a diversidade da base de financiamento. Com efeito, desde a Constituição de 1934, fala-se em tríplice fonte de custeio; mas, na atual conjectura normativa, se observa várias possibilidades de meios para angariar os recursos necessários para os fins do protetivos da seguridade¹⁸⁶.

A forma tríplice ainda é a base das fontes de custeio e significa contribuições pagas pelos empregadores, pelos trabalhadores e pelo Estado. O custeio feito a partir de empresas complementa os valores advindos de trabalhadores, que seriam insuficientes para a amenização dos riscos sociais concretizados. A seu turno, “O Poder Público também deve destinar parcela de sua arrecadação tributária, além das contribuições sociais, ao custeio previdenciário. Isto deve ocorrer pelo singelo fato de o Estado ser, também, empregador”¹⁸⁷.

O último princípio elencado no artigo 194 da Constituição da República de 1988 é o caráter democrático e descentralizado da Administração. Ou seja, o gerenciamento na seguridade social é diversificado. Atualmente, essa gestão é quadripartite, eis que realizada pelos trabalhadores, pelos empregadores, pelos aposentados e pelo governo. Essa participação multifacetária é evidenciada no Conselho

184 *Ibidem*. p. 37.

185 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. cit.* p. 70.

186 “A presente normatização constitucional é mais abrangente, falando hoje em diversidade da base de financiamento, sendo a fonte tríplice somente um de seus componentes, e envolvendo outras contribuições, como concurso de prognósticos e importadores” (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. cit.* p. 71).

187 *Ibidem*. p. 72.

Nacional de Previdência Social, cujos membros são dispostos nos termos do artigo 3º da Lei nº 8.619/1993.

Ademais, pontua-se o princípio da preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço que está no artigo 195, § 5º, da Carta de 1988. “Este princípio visa ao equilíbrio atuarial e financeiro do sistema securitário. A criação do benefício, ou mesmo a mera extensão de prestação já existente, somente será feita com a previsão da receita necessária”¹⁸⁸.

Após a exposição dos princípios da seguridade social, importante também fazer uma breve menção dos que são específicos para a previdência. Ora, em que pese não se encontrar um rol de princípios previdenciários no rol das disposições próprias da Previdência Social contidas na Constituição de 1988, há uma relação de princípios presentes no artigo 2º da Lei nº 8.213/1991¹⁸⁹.

Apesar de elencados em uma lei destinada à regulamentação do próprio Regime Geral, ressalta-se que esses princípios específicos não podem desnaturar a base normativa constitucional. Afinal, o Ordenamento Jurídico é um sistema...

Desse modo, será possível observar as bases normativas principiológicas que pautam a hermenêutica jurídica do Regime Geral também se aplicam para o Regime Próprio de Previdência Social, desde que observadas suas peculiaridades.

A falta de disposições normativas específicas não pode servir como escusa do Poder Público quando deixa de efetivar algum direito fundamental positivo. A forma de integração mais próxima do Regime Próprio de Previdência, certamente, é o Regime Geral de Previdência Social, justamente porque a finalidade previdenciária de ambos regimes nasce nas disposições constitucionais.

¹⁸⁸ *Ibidem*. p. 76.

¹⁸⁹ “Art. 2 A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos: I - universalidade de participação nos planos previdenciários; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios; IV - cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente; V - irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo; VI - valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo; VII - previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional; VIII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados” (BRASIL, *Lei Ordinária nº 8.213/1991*, *Op. cit.*).

Um exemplo prático da existência de premissas comuns entre esses dois regimes previdenciários oficiais está na Súmula Vinculante nº 33 do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.”¹⁹⁰

De todo modo, o exame conjunto das normas constitucionais, da Lei nº 8.213/1991, observa-se os seguintes princípios previdenciários: contributividade; obrigatoriedade de filiação; equilíbrio financeiro e atuarial; universalidade de participação nos planos previdenciários; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios; salários de contribuição corrigidos monetariamente; irredutibilidade do valor dos benefícios; garantia do benefício não menor que o salário mínimo; previdência complementar facultativa; gestão quadripartite da Previdência Social; *tempus regit actum*; responsabilidade; vedação do retrocesso social; *In dubio pro misero*; automaticidade das prestações; indisponibilidade dos benefícios previdenciários; e, por fim, territorialidade da filiação.

Observa-se que a noção de muitos desses princípios já foi abordada no presente trabalho. Independente disso, sobre os princípios ainda não abordados e algumas ponderações mais específicas no âmbito da previdência, devem ser apresentadas.

Pois bem, os segurados dos regimes previdenciários devem contribuir para o sistema. A contributividade é obrigatória, tal como a sua filiação. No âmbito do Regime de Previdência Social, a “filiação” e a contribuição decorrem do vínculo entre Poder Público e servidor estabelecido em critérios legais, ao invés de uma relação eminentemente privada entre empresa e trabalhador¹⁹¹.

Ao passo em que o valor nominal dos benefícios já é protegido por disposição geral prevista nas disposições constitucionais sobre a seguridade social, na Previdência Social o valor real deve ser preservado. Isso já foi exposto no trabalho anteriormente, mas convém fazer um adendo: não basta a impossibilidade de redução do valor real e nominal,

190 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 33*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1941>>. Acesso em: 06/03/2018.

191 AMADO, Frederico. *Op. cit.* p. 248.

o benefício – que tenha por finalidade a substituição da remuneração do trabalhador – não pode ser concedido em quantia inferior ao salário mínimo.

É assegurado constitucionalmente que nenhum benefício do RGPS que substitua o rendimento do trabalho tenha valor inferior a um salário mínimo, avanço que dobrou muitas aposentadorias rurais que tinham a renda equivalente a ½ salário mínimo no anterior regime.

Nessa trilha, o artigo 2º, inciso VI, da Lei 8.213/91, elevou esta norma à categoria de princípio da previdência social, fazendo com que apenas os benefícios que não venham a substituir a remuneração do trabalhador possam ser inferiores a um salário mínimo, como ocorre com o auxílio-acidente e o salário-família¹⁹².

A noção de responsabilidade é próxima do ideal solidário já abordado na seguridade social. Esse princípio impõe, a todos envolvidos na gestão do sistema previdenciário, “a obrigação moral de cuidar do dia de cuidar do dia de hoje mas com os olhos postos no amanhã, porque a felicidade das gerações presentes não pode ser obtida com a infelicidade das gerações futuras.”¹⁹³ Essa noção de responsabilidade, apresentada por Inocêncio Mártires Coelho, revela que a disposição da previdência social (desde a sua normatização quanto ao pagamento efetivo dos benefícios) não pode ser feita sem preocupação de como o sistema irá se manter tanto no presente como no futuro.

Quanto à automaticidade das prestações, tem-se que os benefícios previdenciários serão concedidos mesmo quando as contribuições das empresas não estiverem totalmente pagas. No âmbito do Regime Próprio de Previdência Social, esse princípio implícito não possui aplicação, nos termos da Lei nº 10.887/2004.

Ademais, os benefícios previdenciários são considerados indisponíveis porque objetivam substituir um meio de garantir a renda dos segurados/dependentes. “Dessa forma, cuida-se, em regra, de direito indisponível, não sendo alvo da prescrição do direito (...) nem podendo ser alienado, penhorado ou renunciado”¹⁹⁴. Ora, se os benefícios do Regime Geral são imprescritíveis, também deverão ser os contidos no Regime Próprio.

Para uma igualdade de riscos, uma igualdade de tratamento.

Há de se destacar a carga abstrata e geral presente nos princípios. Ora, diferente do que se observa nas regras, que são aplicadas de proposições lógicas

¹⁹² *Ibidem*. p. 255.

¹⁹³ BRANCO, P. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. F. *Op. cit.* p. 1.546 *et seq.*

¹⁹⁴ AMADO, Frederico. *Op. cit.* p. 261.

disjuntivas, os princípios tratam de preceitos jurídicos cujas implicações não podem ser esgotadas em uma letra fria de dispositivo legal. De fato, tal como salientado por Inocêncio Mártires Coelho, o caráter não conclusivo dos princípios é utilizado pelo Legislador para fixar *standards* normativos que só terão utilidade em situações concretas como verdadeiros mandatos de otimização¹⁹⁵.

A sua gênese e o modo como são positivados nos textos constitucionais evidenciam, por outro lado, que os princípios jurídicos possuem, igualmente, uma importante dimensão institucional, como fatores de criação e manutenção de unidade política, à medida que, nos momentos constituintes, por exemplo, graças à amplitude e à indeterminação do seu significado, eles viabilizam acordos ou pactos de convivência sem os quais as disputas ideológicas seriam intermináveis, e os conflitos delas resultantes não permitiriam a promulgação das leis fundamentais¹⁹⁶.

Com efeito, para melhor definição da noção de princípios, vale ressaltar a exposição de Humberto Ávila quanto aos quatro critérios de distinção entre princípios e regras. O primeiro é o de caráter hipotético-condicional; no qual os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado para indicar uma regra a ser utilizada, enquanto as regras (em si consideradas) têm a sua estrutura lógica de causa e efeito. O segundo critério apontado pelo doutrinador é de modo final de aplicação, em que acentua a possibilidade de princípios serem ponderados no âmbito de sua aplicação, enquanto as regras ou se aplicam em tudo ou não se aplicam em nada. O terceiro critério apresentado é o de relacionamento normativo. Por meio desse critério, observa-se que uma verdadeira antinomia entre regras leva a invalidade de uma delas, ao passo em que conflito entre princípios é solucionável por meio de uma ponderação entre eles. O último critério é o axiológico, em que os princípios possuem carga valorativa nas decisões que devem ser tomadas¹⁹⁷.

195 BRANCO, P. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. F. *Op. cit.* p. 96 *et seq.*

196 *Ibidem.* p. 99.

197 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª Edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 42 *et seq.*

O autor desenvolve ao longo de seu livro toda uma rica análise dos pontos fortes e fracos presentes em cada um dos critérios¹⁹⁸. Apresenta alguns traços peculiares entre princípios e regras capazes de indicar quadro esquemático a seguir¹⁹⁹:

	Princípios	Regras
Dever imediato	Promoção de um estado ideal de coisas.	Adoção da conduta descrita.
Dever mediato	Adoção da conduta necessária.	Manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores.
Justificação	Correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas.	Correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato.
Pretensão de decidibilidade	Concorrência e parcialidade.	Exclusividade e abarcância.

A partir das diferenças apontadas no quadro esquemático mencionado, observa-se que não é possível um estudo jurídico realizado dentro de um dos ramos do Direito brasileiro (que seja capaz de influir nas concretizações de jurisprudenciais) sem prévia e detida análise dos princípios que regem o próprio sistema jurídico.

Mais ainda, o estudo quanto à necessária aplicação harmoniosa das normas em casos concretos, depende de um exame acurado da relação entre princípios, regras e os postulados normativos²⁰⁰ do próprio sistema jurídico.

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se

198 Nesse sentido, quanto ao critério hipotético-condicional, Ávila pontuou que o traço distintivo entre princípio e regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética de suas disposições, pois de um dispositivo é possível abstrair mais de uma norma. Acerca do modo final de aplicação, afirmou que a visão de aplicação de “tudo ou nada” só pode ser realizada se todas as questões atinentes à validade, ao sentido e à subsunção final já estiverem superadas. Quanto ao relacionamento normativo, lembrou que há conflitos entre regras cuja solução não leva, necessariamente, a anulação de uma delas. Por sua vez, quanto (*Ibidem*. p. 46 *et seq*).

199 *Ibidem*. p. 85.

200 “A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de postulados. Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta (*Ibidem*. p. 142 *et seq*).

reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), que de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas²⁰¹.

A esse respeito, a compreensão da tese apresentada no trabalho somente é possível através do traço que a “isonomia” (por ser um dos *standards* jurídicos constitucional) é capaz de conferir nas devidas construções normativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

Quando um pintor – por meio de seu esforço e estudos – depara-se em situação de compor uma obra de arte, ele deverá saber utilizar, de forma precisa e harmoniosa, os pincéis, as tintas e a própria tela a ser representada. O mesmo ocorre no mundo jurídico quando um aplicador do direito se depara com um problema social que demanda pacificação. Afinal, ele terá que usar de toda a sua expertise para conseguir administrar as regras e os princípios (tal como o pintor mistura as tintas) para só então chegar a uma conclusão que retrata o caso objeto de exame (o quadro pronto). Mas, para isso, ele terá que observar os primados que organizam o próprio Ordenamento (tal como o pintor precisa usar mais de um pincel).

Com efeito, a isonomia condiz com a comparação entre o trabalho do hermeneuta e o trabalho do artista; mas de um modo bastante peculiar, pois a isonomia pode se traduzir em regra, em princípio e também em um postulado.

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)²⁰².

Ou seja, o trabalho do jurista não pode permitir que sua conclusão acarrete um tratamento discriminatório: I) por expressa disposição constitucional; II) pelo valor intrínseco da conduta social justa; e III) pela necessidade de manutenção de um equilíbrio dentro do próprio sistema jurídico. A verdadeira isonomia é tinta, pincel e tela.

Atribui-se, então, à isonomia um caráter suprapositivo (nos dizeres de Inocêncio, incapaz de ser ignorado mesmo se estivesse ausente na Constituição de

201 *Ibidem*. p. 143.

202 *Ibidem*. p. 171.

1988²⁰³), que obriga todo trabalho jurídico tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que são diferentes²⁰⁴.

Afinal, embora não seja possível a realização de um tratamento discriminatório, ideia tempestuosa (para não se dizer impossível) seria conferir um padrão absoluto na igualdade de modo a conceder exatamente o mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, uma vez que as pessoas se diferenciam naturalmente. A diferenciação, certamente, deve seguir a proporcionalidade das divergências fáticas, sociais e valorativas que circundam a hipótese analisada pelo jurista.

Na verdade, a relação entre a isonomia e a proporcionalidade é a mesma relação que o princípio da proporcionalidade possui com os demais direitos fundamentais. Ou seja, ele vai servir para verificar se as restrições ao direito fundamental à igualdade são ou não válidas.

A Constituição estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, consagrando inegavelmente um direito qualquer ser humano de não ser discriminado. Essa igualdade, contudo, não é um direito absoluto. Como qualquer direito, também a igualdade pode ser restringida, desde que se observe rigorosamente o princípio da proporcionalidade.

Portanto o que a Constituição proíbe não é a discriminação em si, mas a discriminação desproporcional. Logo, é possível limitar o direito de igualdade, devendo, contudo, qualquer tratamento desigual ou diferenciado ser justificado através de uma argumentação convincente, pautada na proporcionalidade²⁰⁵.

Deve-se lembrar que o Direito Previdenciário, como visto anteriormente, desenvolveu estrutura no ideal da melhor proteção possível de certos riscos sociais que podem atingir os cidadãos. Esse é um grande traço que o delimita como Direito Fundamental de segunda geração²⁰⁶.

203 BRANCO, P. G; COELHO, I. M.; MENDES, G. F. *Op. cit.* p. 222.

204 “Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão, tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singeleza razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. Já fins e fins no Direito. Como postulado, sua violação reconduz a uma violação de alguma norma jurídica. Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade implica a violação a algum princípio fundamental” (ÁVILA, Humberto. *Op. cit.* p. 172).

205 MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 398/399.

206 “Distintamente dos direitos civis e políticos, [...], diversamente dos abstratos direitos de primeira geração, os ditos sociais são concebidos como instrumentos destinados à efetiva redução e/ou supressão de desigualdades, segundo a regra de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade” (BRANCO, P. G; COELHO, I. M.; MENDES, G. F. *Op. cit.* p. 823).

O problema em questão está no fato de que o dilema causado pelos riscos protegidos pelo Regime Geral de Previdência Social assola, inexoravelmente, a tranquilidade dos servidores públicos estatutários (e de seus dependentes). Ora, quem um dia nasceu; morrerá. Se não falecer de supetão, ficará incapacitado; ou por velhice, ou por enfermidade. No meio desse caminho, pode perder – temporariamente – o meio de prover o sustento de sua família.

Não se ignora que a Administração Pública tem poder de regulamentar suas atividades para fins de alcançar a finalidade de seus atos, que está atinente ao interesse público. Isso pode ser visto, inclusive, na regulamentação do vínculo jurídico-administrativo existente entre os servidores e o Poder Público, cuja base normativa está no artigo 39 da Constituição da República de 1988²⁰⁷.

De certo, a finalidade do serviço público e a sujeição a um regime jurídico justificam a imposição de obrigações aos servidores estatutários. Alguns direitos podem, inclusive, não lhes serem devidos, tal como é o caso do FGTS para os empregados²⁰⁸.

Uma diferença que justifica o tratamento desigual previdenciário entre servidores estatutários e demais segurados do regime geral, é a possibilidade de servidores aposentados e pensionistas pagarem contribuição sobre a parcela do benefício que exceder o teto do Regime Geral nos termos do art. 40, § 18, da Carta de 1988²⁰⁹.

[...]. Na hipótese de aposentado ou pensionista portador de doença incapacitante, apenas incidirá a contribuição previdenciária sobre o seu

207 “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. cit.*)

208 Os servidores públicos estatutários possuem estabilidade no serviço público quando se tornam efetivados nos termos do artigo 41 da Constituição da República de 1988. Alguns agentes públicos, chegam a se tornar vitalícios no exercício de sua função pública (juízes, promotores). Enfim (e de forma não conclusiva), percebe-se no FGTS uma espécie de salvaguarda para quem não tem uma estabilidade garantida em seu emprego.

209 “Art. 40. [...] § 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Op. Cit.*).

benefício se ele ultrapassar o dobro do teto do RGPS (imunidade abordada), nos termos do artigo 40, § 21, da Constituição^{210, 211}.

Mas até que ponto a existência de um regime jurídico pode representar um tratamento diferenciado entre servidores e demais trabalhadores? Até que ponto os dependentes de servidores estatutários podem ser tratados de modo diferente daqueles que são de empregados?

As perguntas comportam diversas respostas na vida prática, pois inúmeros são os fatos sociais. Independente disso, todas as soluções práticas devem ser constitucionais. Logo, devem observar o postulado da isonomia, de tal modo que só podem se justificar quando não causam um tratamento desproporcional. Em outras palavras, a diferença de tratamento é válida para evitar a ocorrência de uma discriminação.

Eventual distinção entre servidores e demais trabalhadores (e, consequente, entre seus dependentes) deve ser produto da busca pela efetivação dos fins do próprio Estado. Dentre esses fins, está a dignidade da pessoa humana; que, por sua vez, é concretizada por meio dos Direitos Fundamentais.

Nessa ordem de idéias, a mera necessidade de conferir à Administração certa margem de manobra em seus assuntos internos não justifica a compressão dos direitos fundamentais. É necessário que, em cada caso, a especial condição que deflui da inserção do titular de direitos fundamentais na relação especial, aliada a outras circunstâncias, justifique a restrição a direitos que é imposta a fim de resguardar os objetivos visados pela instituição pública. [...]. Dessa forma, a existência de uma relação de sujeição, por si só, não é suficiente para fundamentar restrições a direitos fundamentais, configurando-se apenas como um dos critérios a serem levados em conta na análise da legitimidade constitucional destas, e não como uma regra autônoma de solução de conflitos internormativos. As relações de sujeição especial só podem justificar restrições a direitos nas hipóteses em que buscam promover bem ou valor constitucionalmente legítimo a elas relacionado²¹².

210 “Art. 40. [...] § 21. A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante.” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Op. Cit.*).

211 AMADO, Frederico. *Op. cit.* p. 1.292.

212 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *As Restrições aos Direitos Fundamentais nas Relações Especiais de Sujeição*. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 652.

Por isso, sendo a Previdência Social um direito fundamental (que busca, ressalta-se, garantir a subsistência de seres humanos), há de se perceber um enorme despropósito na solução dos problemas fáticos quando um dependente de servidor tem sua pretensão ao recebimento de pensão por morte declarada prescrita ao passo que isso não ocorre para os dependentes de outras classes de trabalhadores. Nota-se uma verdadeira discriminação, eis que ambos dependentes reúnem, basicamente, uma mesma estrutura básica: segurado falecido + perda/diminuição da capacidade de sustento.

Em outras palavras, se a negativa administrativa do INSS não pode ser considerada como o início do prazo para que a própria pretensão ao direito de pensão por morte esteja prescrita, a negativa do órgão público que nega o pagamento de pensão para o dependente de servidor também não pode dar ensejo a contagem de prazo prescricional. Mas, certamente, aqui se observa uma via de mão dupla: deve-se considerar que os fundamentos para a prescrição da pensão por morte de servidor são bons e coerentes, de tal modo que a extensão deles para o Regime Geral deveria ser considerada.

Por simples visão lógica, a prevalência da imprescritibilidade elimina a aplicação da prescrição do fundo de direito da outra classe de trabalho. Mas, apesar da pensão por morte ser decorrente de um direito fundamental previdenciário, é possível constatar que esse pode ser considerado imprescritível? Uma resposta coerente e sistemática é o grande alvo do capítulo posterior.

III – Direito fundamental à Previdência Social: direito subjetivo inerentes à dignidade dos indivíduos.

Na parte inicial da Constituição da República de 1988 já há indicação de um título exclusivo para dos direitos e garantias fundamentais²¹³⁻²¹⁴. Isso, por si só, é uma evidência da relevância que alguns direitos subjetivos podem alcançar perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro²¹⁵.

De fato, no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988, encontra-se a normatização de alguns direitos como direitos fundamentais. Confira-se: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Portanto, sem muitas dificuldades vê-se os direitos à vida, à igualdade, dentre outros, como fundamentais por simples disposição constitucional. Mas, se o mesmo jurista que iniciou o estudo de Direito Constitucional brasileiro também desejar aprofundar no âmbito do Direito Internacional, ele observará que o mesmo direito à vida é alçado como um dos direitos humanos. A propósito, veja-se a seguir:

Artigo 4º Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

213 Trata-se do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), cujas disposições normativas específicas se iniciam no artigo 5º da Constituição da República de 1988. (BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Op. cit.).

214 Direitos não são garantias. A bem da compreensão, convém salientar que “a distinção entre direitos e garantias fundamentais, no Direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito. [...]. As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade” (MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral – Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 81).

215 Ao ponderar sobre a relação entre o avanço do constitucionalismo e a consolidação dos direitos fundamentais, Bernardo Gonçalves declara que “a afirmação da superioridade da Constituição, como norma superior e matriz das demais normas, só faz sentido, se direcionada a assegurar a maior proteção possível de iguais direitos fundamentais a todos os membros de uma dada sociedade.” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Edição. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 319).

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente²¹⁶.

Isso quer dizer, então, que direitos fundamentais se correspondem a direitos humanos? Não necessariamente, apesar de haver quem use as duas expressões como sinônimas²¹⁷. Como são expressões diferentes, convém guardar traços de peculiaridades no uso delas para fins de conferir mais especificidade em eventuais trabalhos acadêmicos e na concretização do Direito na prática jurídica.

Pois bem, Direitos Humanos é um conceito moderno próprio à regulamentação do que se prende a uma visão universal²¹⁸. Nota-se um direito subjetivo destinado a todos os seres humanos independentemente de sua nacionalidade ou origem.

216 BRASIL, Anexo do Decreto nº 678/1992 (*Pacto de San José da Costa Rica*). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 06/03/2018.

217 “Aqui assume especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões ‘direitos fundamentais’ e ‘direitos humanos’, não obstante tenha também ocorrido uma confusão entre os dois termos, confusão esta (caso compreendida como um uso indistinto dos termos, ambos designado o mesmo conceito e conteúdo) que não se revela como inaceitável a depender do critério adotado. Quanto a tal ponto, não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). [...] Em que pese os dois termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª Edição – revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29).

218 “Na Antigüidade, os antigos gregos reconheciam apenas as chamadas liberdades positivas, isto é, os direitos políticos de participação nas assembléias gerais da cidade-Estado. Eles desconheciam a idéia de liberdade civil e igualdade entre os seres humanos, na medida em que a classe dos cidadãos formava uma pequena minoria de homens”. (ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 261).

Ou seja, um direito subjetivo não vinculado a um Estado somente. Em outras palavras, essa expressão carrega um viés internacional. “Já o termo ‘direitos fundamentais’, por sua vez, aparece na França do século XVIII, no curso do movimento político-cultural que levou à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789”²¹⁹. No caso do Brasil, o cidadão terá direito à vida garantido constitucionalmente como um direito fundamental (que também será observado aos estrangeiros que lá se encontram), mas também terá esse mesmo direito garantido por uma disposição normativa internacional contida no Pacto de San José da Costa Rica.

Ressalta-se, se o direito à vida (tal como segurança, propriedade e outros) é regulado tanto internacionalmente quanto em ordenamentos jurídicos dos Estados, considera-se que as disposições normativas internacionais e nacionais não formam dois mundos isolados e incomunicáveis²²⁰. Observa-se uma interação recíproca entre eles, podendo os direitos humanos encontrar matriz na regulamentação de direitos fundamentais, ou os Estados exemplificarem catálogo de direitos fundamentais a partir de disposições normativas internacionais²²¹.

219 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. cit.* p. 320.

220 “Cumpre lembrar, ainda, o fato de que a eficácia (jurídica e social) dos direitos humanos que não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado depende, em regra, da sua recepção na ordem jurídica interna e, além disso, do status jurídico que esta lhes atribui, visto que, do contrário, lhes falta o caráter cogência”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 34). No Brasil, por disposição presente no artigo 5º, §§ 2º e 3, da Constituição da República de 1988 (“§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”; “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”), os direitos humanos reconhecidos internacionalmente podem ser considerados direitos fundamentais. As disposições normativas atinentes a esses direitos reconhecidos internacionalmente serão equivalentes a emendas constitucionais se inseridas no Ordenamento após votação, em dois turnos, de 3/5 em cada casa do Congresso Nacional. Caso contrário, apesar de não possuírem status constitucional, terão natureza supralegal (ou seja, assumem hierarquia superior a de leis ordinárias e complementares). Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal: “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. RE nº 349.703. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 06/03/2018.)

221 BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. F. *Op. cit.* 330/331.

A partir dessas considerações, nota-se que a alegação de imprescritibilidade de uma pretensão vinculada a um direito de direito fundamental tem argumentação relacionada à noção de ordenamento jurídico presente em um determinado Estado de Direito com regra máxima na Constituição, embora não seja possível ignorar que seu resultado não deve violar disposições humanitárias.

As dimensões de direito fundamental: dever de cumprir e de efetivar direitos.

Não se tolera a violação de direitos subjetivos no Ordenamento Jurídico brasileiro. Uma das dimensões percebidas no direito objetivo é a deferência obrigatória concedida aos direitos subjetivos. Tanto assim é que os artigos 186 e 927, ambos do Código Civil (como mencionado no capítulo anterior), determinam a indenização pelas perdas suportadas por alguém em razão de um ilícito civil. A esse respeito, frisa-se que os ilícitos penais e administrativos também possuem sanção determinada.

Além disso, uma normatividade estabelecendo determinado “direito” pode servir como um guia para normas ou atividades administrativas posteriores. Quer dizer: determinada entidade ou instituição deve pautar seus objetivos através de meios que não maculem eventual direito subjetivo de outrem. Observa-se, agora, uma outra dimensão contida em normas jurídicas mais relacionada como Norte (ou um guia) para a atuação normativa/executiva.

Pois bem, no âmbito dos Direitos Fundamentais, esse dever de observar ou de implementar é denominado de “dimensão subjetiva”; enquanto a possibilidade de um direito fundamentais servir de norte para fatos futuros, é denominado “dimensão objetiva”.²²²

222 “[...] temos as intituladas dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. A primeira (subjetiva), [...], importa na faculdade de impor uma atuação negativa ou positiva aos titulares do Poder Público. A segunda (objetiva) vai além da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais como garantias do indivíduo frente ao Estado e coloca os direitos fundamentais como verdadeiro ‘norte’ de ‘eficácia irradiante’ que fundamenta todo o ordenamento jurídico. [...]. Nesses termos, os direitos fundamentais seriam vistos não só como direitos de defesa (garantias negativas), ligados a um dever de omissão (um não fazer ou não interferir do Estado no universo privado dos cidadãos), e direitos de prestações (garantias positivas) para o exercício das liberdades ([...]) por parte do Estado, mas além disso, nos termos objetivos, eles, como a base do ordenamento, seriam um ‘vetor’ a ser seguido (pelos Poderes Públicos e particulares) para interpretação e aplicação de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. cit.* p. 322/323).

Ademais, saliente-se que “A denominada dupla natureza dos direitos fundamentais procura reconhecer tanto sua função de direitos subjetivos como também de princípios objetivos da ordem constitucional”²²³.

Em suas explicações sobre direitos fundamentais, Ingo W. Sarlet afirma que a constatação dessas dimensões pode ser observada já em 1958, quando a Corte Federal da Alemanha reconheceu, no caso Lüth, que os direitos fundamentais não possuem uma única função relacionada a proteção de direitos subjetivos contra atos do poder público, mas também indicam decisões valorativas objetivas incluídas nas Constituições, (consequentemente, com eficácia em todo o ordenamento jurídico), a fim de que existam diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos²²⁴.

De acordo com esse jurista, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais significa uma função além da garantia individual de direitos subjetivos. As normas são, então, capazes de transcender de esfera subjetiva individual para alcançar uma outra função autônoma, consistente na determinação de balizas para futuras normas e atividades sociais (afinal, não só o Estado, mas toda a comunidade deve se pautar nas diretrizes dos direitos fundamentais, que estão vinculadas aos fins que ela própria quer e deve concretizar)²²⁵. O reconhecimento da dimensão objetiva demonstrar caráter transindividual dos direitos fundamentais capaz de justificar restrições a direitos fundamentais em razão de um interesse comunitário, desde que haja sempre a preservação do núcleo essencial desses direitos fundamentais:

É neste sentido que se justifica a afirmação de eu a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais como base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes, de tal sorte que não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, neste sentido, sempre coletiva), no âmbito de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular. [...].

Outro desdobramento estreitamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais diz com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que estes (inclusive os que precipuamente exercem a função de direitos subjetivos) desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Neste contexto é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de

223 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 358

224 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 149.

225 *Ibidem*. p. 150 *et seq.*

que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais.²²⁶

Consequentemente, há se entender que a não observação dos parâmetros fixados pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais é indicativo de inconstitucionalidade. Esse aspecto da dimensão objetiva também é tratado por Ingo W. Sarlet, mas, sem dúvidas, parte de um raciocínio de simples lógica e de fácil visualização. Ressalta-se: o que realmente se destaca do reconhecimento dessa dimensão objetiva é o seu caráter de baliza, de Norte, de guia, que se traduz em uma eficácia irradiante às relações jurídicas a serem concretizadas no meio de uma sociedade. Por exemplo: se a Constituição de 1988 trata a Previdência Social como um direito fundamental, as normas jurídicas não podem ser interpretadas de modo a inviabilizar os direitos subjetivos dos beneficiários, porém esses direitos encontrarão limites na concretização de diretrizes fixadas por outros direitos fundamentais. Desse modo, há de se perceber uma legitimação na fixação de limite temporal no benefício de pensão por morte (tal como ocorreu por meio da Lei nº 13.135/2015).

Quanto à dimensão subjetiva, ainda é necessário dizer: o direito fundamental como direito subjetivo importa a possibilidade de seu titular impor seus interesses (que estão abrigados sobre o manto de determinado direito subjetivo) aos demais por meio de uma tutela jurisdicional²²⁷.

Classificação de direitos fundamentais: especificidades marcadas por momentos culturais.

Mesmo com a noção de que os direitos fundamentais estão na base do ordenamento jurídico de um estado constitucional, não se admite ter uma visão rasa de suas disposições. Com efeito, cada direito fundamental valoriza um aspecto que faz do ser humano o grande sujeito protegido. Por essa razão, não é possível compreender a noção de direito fundamental sem prévia noção de suas classificações.

226 *Ibidem*. p. 152 *et seq.*

227 “[...]. Neste contexto, quando – no âmbito da assim denominada perspectiva subjetiva – falamos de direitos fundamentais subjetivos, estamo-nos referindo à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.” (*Ibidem*. p. 160).

Observa-se que os direitos fundamentais decorrem de uma evolução história dos modelos sociais humanos²²⁸. De fato, não é possível considerar uma noção de “direitos fundamentais” já história antiga, porém há de se aceitar que certos direitos já eram reconhecidos ao gênero humano por construções filosóficas ou religiosas acerca de um direito natural²²⁹.

O pensamento naturalista foi desenvolvido também durante a Idade Média, mas sob forte influência cristã. Dentre todos, merece destaque Santo Tomás de Aquino, que apresentou diferença entre o que se tem por Direito positivo e por Direito natural²³⁰, sendo que esse, ao contrário daquele, teria natureza imutável e presente em toda a parte²³¹.

O desenvolvimento do pensamento jurídico natural teve seu apogeu no pensamento iluminista, depois da introdução das teorias contratuais²³². De certo, o raciocínio acerca de direitos naturalmente pertencentes ao homem foi incorporado aos direitos positivos. A grande referência doutrinária ocorreu ainda na Idade Média, quando

228 “É necessário frisar que a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem” (*Ibidem*. p. 36).

229 “De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão”. (*Ibidem*. p. 38).

230 “Como já dissemos o direito ou o justo implica uma obra adequada a outra por algum modo de igualdade. Ora, de dois modos pode uma coisa ser adequada ao homem – De um modo, pela natureza mesma da coisa; por exemplo, quando alguém dá tanto para receber tanto. E este se chama o direito natural. – De outro modo, uma coisa é adequada ou proporcionada a outra, em virtude de uma convenção ou de comum acordo; por exemplo, quando alguém se julga satisfeito se receber tanto. O que pode se dar de dois modos. De um modo, por uma convenção particular, como quando pessoas privadas firmam entre si um pacto. De outro modo, por convenção pública; por exemplo, quando todo o povo consente que uma coisa seja tida como que adequada e proporcionada a outra; ou quando o príncipe, que governa o povo e o representa, assim ordena. E a este se chama direito positivo”. (AQUINO. Santo Tomás de. *Suma Teológica*. Vol. 3 – Ila Ilae. Tradução: Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Permanência, 2016. p. 368).

231 “O natural a um ente de natureza imutável há de ser necessariamente tal, sempre e em toda a parte. Ora, a natureza do homem é mutável. Por onde, o natural ao homem pode, às vezes falhar.” (*Ibidem*. p. 368 *et seq*).

232 “Cumprir ressaltar que foi justamente na Inglaterra do século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a ideia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância, e isto não apenas no plano teórico, bastando, neste particular, a simples referência às diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas desse período”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 39).

houve a formulação da Magna Carta na Inglaterra garantindo certos direitos e liberdades civis, tais como o *habeas corpus*²³³⁻²³⁴.

Os direitos fundamentais na Constituição da República de 1988.

Como mencionado no início do capítulo, a normatização constitucional dos direitos e garantias fundamentais recebeu grande destaque na Constituição da República de 1988. Afinal, embora de modo não exauriente, os direitos fundamentais receberam tratamento expresso já na parte inicial da Carta de 1988.

Esse tratamento privilegiado se justifica na importância inerente à função que esses direitos possuem para todo o Ordenamento Jurídico. Em verdade, não só os direitos e garantias fundamentais servem de parâmetro para a interpretação jurídica das outras normas (sejam leis complementares e ordinárias, sejam decretos e outras normas), tendo em vista “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”²³⁵. De fato, “Os problemas da interpretação constitucional são mais amplos do que aqueles da lei comum, pois repercutem em todo o ordenamento jurídico”²³⁶. Porém, há de se destacar que os direitos fundamentais formam um dos alicerces estruturais inclusive do Direito Constitucional, pois se referem aos valores superiores da sociedade brasileira, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana²³⁷.

233 *Ibidem*, p. 41.

234 “Desde já, há que descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses ‘direitos’ e privilégios reconhecidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população do seu gozo” (*idem*).

235 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª Edição – revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 48.

236 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Hermenêutica Constitucional*. In: BARROSO, Luís Roberto; CLÈVE, Clèmerson Merlin (organizadores). *Doutrinas Essenciais Direito Constitucional*. Volume I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 973.

237 A dignidade da pessoa humana não é a única finalidade da República, como se pode verificar da leitura do artigo 1º da Carta de 1988 (Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Op. cit.).

Ainda quanto à existência de um capítulo exclusivo para os direitos fundamentais na Constituição de 1988, importa salientar que, se há aspectos positivos de sua posição topográfica, há, também, críticas negativas à forma em que as normas constitucionais sobre esses direitos foram delineadas:

A amplitude do catálogo, em que pese seu cunho preponderantemente positivo, também revela ter suas fraquezas, porquanto no rol dos direitos fundamentais foram incluídas diversas posições jurídicas de “fundamentalidade” ao menos discutível, conduzindo – como se tem verificado ao longo dos anos – a um desprestígio do especial *status* gozado pelos direitos fundamentais, muito embora não seja a quantidade de direitos fundamentais uma das principais causas de sua falta de prestígio e efetividade. [...].

Importante lacuna deixada pelo Constituinte diz com a ausência de previsão normas genéricas expressas sobre as restrições aos direitos fundamentais, o que, na verdade, não encontra maior justificativa, já que não faltaram exemplos concretos e de ampla aceitação no direito comparado. [...]

Tendo em vista os aspectos destacados, há como afirmar, sem medo de errar, que, a despeito da existência de pontos passíveis de críticas e ajustes, os direitos fundamentais estão vivenciando seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumentário que se colocou à disposição dos operadores do Direito, inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional.²³⁸

Classificação dos direitos fundamentais na Carta de 1988.

A própria Carta de 1988 traz uma classificação pré-determinada em algumas categorias: I) direitos individuais e coletivos; II) direitos sociais²³⁹; III) direitos de nacionalidade; IV) direitos políticos, e V) direitos de organização em partidos políticos. Cada uma dessas categorias representa um capítulo do Título II da Constituição da República de 1988, que começa no artigo 5º e termina no artigo 17²⁴⁰.

Não convém fazer uma transcrição integral de todos os artigos presentes nessa parte da Constituição brasileira porque ainda sim restariam outras disposições constitucionais referentes a direitos fundamentais, tais como às disposições relacionadas

238 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 69/70.

239 “A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático” (*ibidem.* p. 67).

240 “Mediante a disposição em capítulos do Título II da Constituição Federal, nós podemos classificar os direitos constitucionais fundamentais em genéricos (individuais, coletivos e difusos), sociais e políticos”. (ZIMMERMANN, Augusto. *Op. cit.* p. 265).

ao meio ambiente²⁴¹, à saúde²⁴², e à educação²⁴³. Ou seja, o Título II da Carta de 1988 não é exaustivo e, por essa razão, torna a classificação nele presente insuficiente para se ter noção precisa do que vem a ser um direito fundamental²⁴⁴.

De fato, a melhor classificação (e a mais explorada nas faculdades jurídicas) se refere às gerações dos direitos fundamentais, cuja popularização é atribuída ao trabalho de Paulo Bonavides.

A primeira geração (ou primeira dimensão) de direitos fundamentais tomou força no final do século XVIII e no início do século XIX. São considerados direitos negativos porque exigem uma conduta de “não-fazer” do Estado e estão relacionados aos direitos civis e políticos. Assim, teve-se, por exemplo, noção da impossibilidade de o Estado eliminar as propriedades privadas de seus integrantes. Configuram-se resistência e oposição ao modo de agir do Poder Público.

Já no Século XX, a existência dos direitos de primeira geração não era mais capaz de conferir o desenvolvimento digno de seus titulares. Reconheceu-se a necessidade de o Estado intervir na realidade dos fatos, a fim de que as desigualdades de seus membros sejam diminuídas. Ou seja, observou-se que o desenvolvimento de todos passa pela atuação administrativa e política para que as diferenças fáticas entre os indivíduos sejam atenuadas e, por isso, passaram a ser denominados direitos positivos. Exemplos são a saúde e a educação. Passou-se esperar do Poder Público prestações suficientes para que todos os indivíduos não sejam iguais apenas formalmente, mas sim materialmente. Como não podia deixar de ser, essa mudança de visão sobre o papel do Estado veio a partir de acontecimentos culturais e históricos que passaram a ver os direitos fundamentais não só como um meio de defesa, mas também como garantias institucionais²⁴⁵.

Mais para o final do século XX, a noção de sujeito de direito fundamental evoluiu a ponto de ser capaz de visualizar não só a figura do indivíduo, mas também toda a noção de um gênero humano dependente de algumas circunstâncias para que todos

241 Confira-se artigo 225 e seguintes da Constituição da República de 1988. *Op. cit.*

242 Confira-se artigo 196 e seguintes da Constituição da República de 1988. *Op. cit.*

243 Confira-se artigo 205 e seguintes da Constituição da República de 1988. *Op. cit.*

244 “Todavia, devemos nos ater ao fato de que uma primeira crítica deve ser feita, já que tal classificação é por demais míope para perceber a existência de direitos fundamentais consagrados em outras partes do texto constitucional” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. cit.* p. 324).

245 (*Ibidem.* p. 326).

possam se desenvolver. O princípio da fraternidade passou a ser objeto de proteção jurídica. Nesse momento, percebeu-se a necessidade de proteger o meio ambiente.

Convém salientar que essas três classificações não são objeto de maiores controvérsias doutrinárias. Porém, há quem defenda a existência de outras gerações. Paulo Bonavides ponderou a democracia como um direito fundamental de quarta geração e a paz como direito fundamental de quinta geração.

Na jurisprudência, a existência das gerações de direitos fundamentais também não é ignorada. No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, quando da análise da ADI nº 3.510²⁴⁶, os direitos de quarta geração foram associados ao desenvolvimento tecnológico de bioengenharia, tendo em vista as novas demandas dos seres humanos.

Apesar da flagrante pressa na formulação de novas gerações de direitos fundamentais – ora, da primeira geração até a conclusão deste trabalho não se completaram quatro séculos; além disso, do reconhecimento de uma terceira geração até o início de debate sobre quinta geração, não houve sequer um lapso temporal de 50 anos –, é importante notar o caminho histórico de cada geração. Uma geração é certamente a consequência da incompletude da anterior. Por exemplo: as especificidades não abrangidas pela primeira geração que se tornaram explícitas após o ideal de igualdade formal acarretaram desigualdade material e, por isso, visando corrigir os disparates, surgiram os direitos fundamentais relacionados ao trabalho, à moradia, à saúde, à previdência...

Dessa forma, impossível crer na substituição de uma geração por outra. O que há é complementação. Certamente, esse acréscimo pode implicar em uma nova visão do direito fundamental anterior já reconhecido, mas não uma supressão. Como mencionado, na implementação da segunda geração, à isonomia formal houve uma incorporação da noção de isonomia material.

246 Trecho do voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski: “Atualmente, assentei eu, já se cogita de “direitos de quarta geração”, decorrentes de novas carências enfrentadas pelos seres humanos, especialmente em razão do avanço da tecnologia da informação e da bioengenharia.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 3.510/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 06/03/2018)

Quanto à segunda geração (dentre os quais se encontra a Previdência Social por disposição expressa do artigo 6º da Constituição de 1988²⁴⁷), convém destacar crítica realizada por Ingo W. Sarlet, que defende os direitos sociais como direitos subjetivos individuais. Com efeito, esse jurista assevera a existência de raciocínio jurídico atribuindo a esses direitos uma titularidade coletiva, mas a crítica duramente. A princípio, lembra que o forte vínculo dos direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana já determina a formação de um mínimo existencial que caracteriza direitos sociais como direitos subjetivos. Ademais, ressalta que a formulação de gerações não foi idealizada a partir da titularidade de certos direitos (e consequentes garantias), mas sim de processos de reivindicação social, de tal modo que até mesmo o direito de greve (entendido como uma forma de manifestação da liberdade de expressão) é considerado um direito individual de expressão coletiva. Portanto, aduz ser inadequado (até mesmo nefasto) qualquer pensamento que atribua titularidade coletiva a direitos fundamentais com o fim de impedir judicialização individual de políticas públicas e de direitos sociais. Como traço distintivo, o jurista reconhece que os direitos sociais denotam preocupação com o indivíduo como pessoa situada em uma comunidade, ao passo em que nos direitos coletivos o foco está no grupo social (ou entidade) em que a coletividade (em si considerada) assume o papel de titular de determinado direito. Ademais, atribui a confusão sobre a titularidade de direitos sociais a uma falsa confusão entre políticas públicas e direitos sociais, tendo em vista que por meio dessas políticas o Estado pode efetivar a concretização de direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos²⁴⁸⁻²⁴⁹.

O que há de ser devidamente enfatizado, é a circunstância de que direitos humanos e fundamentais, sejam eles civis e políticos, sejam eles sociais, econômicos e culturais (assim como ambientais, em certo

247 “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. cit.*)

248 “Políticas públicas não se confundem com os direitos fundamentais, designadamente como direitos subjetivos (individuais e/ou coletivos) que são veiculados por meio de políticas públicas, o que não afasta a possibilidade de um direito a que o Estado atue mediante políticas públicas, precisamente como foram de assegurar a efetividade de direitos fundamentais. Assim, além do controle da política pública como tal, que evidentemente resulta também na tutela de direitos, cuida-se de algo distinto quando se busca, muitas vezes já com base em determinada política pública (como bem revela o caso da legislação que obriga o fornecimento de medicamentos) obrigar o Estado a efetivamente assegurar a prestação ao indivíduo ou conjunto de indivíduos que deixou de ser atendido”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 225).

249 (*Ibidem.* p. 221 *et seq.*).

sentido), são sempre direitos referidos, em primeira linha, à pessoa individualmente considerada, e é a pessoa (cuja dignidade é pessoal, individual, embora socialmente vinculada e responsiva) o seu titular por excelência. Possivelmente o exemplo mais contundente desta titularidade individual dos direitos sociais esteja atualmente associado ao assim designado direito (e garantia) ao mínimo existencial, por sua vez, fundado essencialmente na conjugação entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, e que, precisamente por esta fundamentação, não pode ter sua titularidade individual afastada, por dissolvida numa dimensão coletiva²⁵⁰.

Nesse contexto, as utilidades reais e práticas dos direitos fundamentais começam a se tornar claras²⁵¹. De fato, as funções de cada direito fundamental são a pedra motriz de suas características (dentre as quais está a imprescritibilidade). Assim sendo, a próxima questão a ser examinada se refere às funções dos Direitos Fundamentais.

As funções dos Direitos Fundamentais: o caminho para a aplicação da teoria sobre Direitos Fundamentais nos casos concretos.

Em suas assertivas, Bernardo Gonçalves atribui a Georg Jellinek o reconhecimento de quatro relações entre os particulares e o Estado consequentes da evolução da base teórica sobre os Direitos Fundamentais. São esses: I) *status* passivo; II) *status* negativo; III) *status* positivo; e IV) *status* ativo²⁵².

Em um primeiro momento, o indivíduo ocupava apenas uma posição de subordinação. Os poderes estatais existiam e as pessoas apenas se submetiam a eles. Esse é o *status* passivo.

Houve a evolução do pensamento social e observou-se a necessidade de coibir os abusos que eram praticados pelo Estado. Nesse segundo momento, o desenvolvimento do *status* negativo acarretou os Direitos Fundamentais de primeira geração e passou-se a exigir um não fazer pelo Estado. Em outras palavras, o *status* é negativo porque o Estado

250 (*Ibidem*. p. 223).

251 “Sem dúvida, os direitos fundamentais são dotados de inúmeras funções nos ordenamentos jurídicos. Essa conclusão pode ser aferida não só por digressões históricas de afirmação dos direitos ao longo do Estado de direito ou Estado Liberal, bem como posteriormente com o advento do Estado social (*welfare state*) e, para alguns, do paradigma procedimental do Estado Democrático de direito, conforme nossa visão paradigmática trabalhada na teoria da Constituição. Para os adeptos da teoria geracional (ou mais adequadamente dimensional) não é diferente, na medida em que com o desenvolver das gerações (dimensões) os direitos vão surgindo e se agregando à tabua de direitos e garantias fundamentais, adquirindo assim novas facetas frente ao devir social e constitucional” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. cit.* p. 330).

252 *Ibidem*. p. 330 *et seq.*

não pode mais ignorar a propriedade, a vida, a liberdade (dentre outros direitos) dos indivíduos.

Com a evidência das mazelas sociais provenientes da desigualdade material entre os integrantes de um Estado, observou-se a necessidade de uma intervenção administrativa a fim de que algumas necessidades pudessem ser alcançadas. Esse terceiro momento é o *status* positivo justamente porque se esperava um agir (uma prestação) estatal.

O quarto *status* é denominado ativo porque se refere à possibilidade de um indivíduo participar na formação da vida política estatal. Se quem não era nobre seria sempre um vassalo, permite-se que um indivíduo busque ser eleito ou escolha seus representantes.

A partir desses *status*, resume-se as funções do Direito Fundamental em direitos de defesa (que impõem ao Estado a necessidade de abstenção de um agir), de prestação (que obrigam o Estado agir a fim de que desigualdades sociais sejam reduzidas) e de participação (que permitem a participação dos indivíduos na vida política estatal).

A defesa contra arbitrariedades estatais.

Os direitos fundamentais são uma forma de proteção às atuações ilegítimas do Poder Público. Ressalta-se que se destinam às atuações ilegítimas do Poder Público, tendo em vista que os indivíduos ainda possuem um conjunto de deveres em relação ao Estado.

Essa proteção pode importar em uma abstenção, ou em uma revogação, ou em uma anulação²⁵³. Desse modo, pode-se esperar que o Estado, ignorando o direito de propriedade, utilize de forma arbitrária de um imóvel particular. Também se espera que o Poder Público, ao perceber que algum ato ilegal por ele praticado seja retirado do plano da validade por iniciativa dele próprio. Ou então, espera-se que o Estado revogue seus atos que não mais condizem com as suas finalidades (que devem estar de acordo com o artigo 3º da Constituição da República de 1988).

253 *Ibidem*. p. 330 *et seq.*

A proteção de institutos jurídicos que possibilitam a vida social.

Ora, a utilização das premissas contidas em direitos fundamentais como meio de se exigir do Estado um dever de abstenção em relação aos indivíduos não se discute. Afinal, essa finalidade dos direitos fundamentais é, comumente, a primeira a ser estudada.

Mas isso não significa que os direitos fundamentais sejam diretamente relacionados aos indivíduos. Normas jurídicas podem formar um conjunto relacionado a proteção de algum instituto jurídico (como o casamento) que, por sua vez, fará parte da vida social. Nesse sentido, Bernardo Gonçalves aduz que “falar em um direito de associação somente tem sentido se antes se falar em instrumentos de defesa do instituto das sociedades”²⁵⁴.

Garantia positiva de exercício de liberdades.

Comumente examinada quando da segunda geração de direitos fundamentais, tem-se que alguns direitos traduzem em prestação (um agir) do Estado, a fim de que haja redução de desigualdades sociais. Porém, as garantias positivas não se limitam só a essa característica, mas também direito à organização e ao procedimento no rol das liberdades (tal como se observa no direito ao acesso à Justiça, à proteção judiciária e ao direito de defesa)²⁵⁵.

Em verdade, o que se busca é a prestação estatal capaz de formular medidas de garantia (ou procedimentos) adequadas para que os indivíduos possam se organizar ou ter acesso a um procedimento²⁵⁶.

Nesse catálogo, incluir-se-iam os direitos de livre associação (art. 5º, XII, CR/88) e as garantias processuais-constitucionais: do contraditório e da amplitude de defesa (art. 5º, LV), do juízo natural (art. 5º, XXXVII) e de natureza penal (como a inadmissibilidade de provas ilícitas, o direito ao silêncio e à não autoincriminação)²⁵⁷.

Observa-se, ademais que os direitos de partidos políticos atinentes ao fundo partidário e à propaganda gratuita em meios de comunicação também são incluídos no direito de livre associação, de tal modo que também são garantias positivas para o exercício das liberdades.

254 *Ibidem*. p. 334.

255 *Ibidem*. p. 335 *et seq.*

256 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 201.

257 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. cit.* p. 337.

Direitos Fundamentais também são garantias institucionais.

Os direitos fundamentais como garantias institucionais se relacionam a proteção de bens jurídicos indispensáveis à manutenção de valores sociais de instituições essenciais, tais como a família. Não representam, em si, um direito subjetivo como as garantias fundamentais²⁵⁸.

A expressão “fundamentais” também relacionada a deveres de indivíduos.

Desde a formulação do ideal sobre a primeira geração de direitos fundamentais, tem-se a imposição de um dever de abstenção ao Poder Público. Conduta de natureza positiva do Estado passou a ser exigida quando do reconhecimento de outras gerações de direitos fundamentais.

Em verdade, o que se vem demonstrando nesse capítulo é a existência de direitos de indivíduos em face a um dever (seja negativo, seja positivo) do Poder Público. Mas, não é possível ignorar que os indivíduos também assumem deveres entre si e perante o próprio Estado, tendo em vista a própria consequência da dimensão objetiva que cada direito fundamental acarreta²⁵⁹.

Dentre esses deveres, há os relacionados a valores sociais relevantes que são comuns tanto ao Estado quanto a todos os indivíduos. Ou seja, a compreensão sobre o que vem a ser deveres fundamentais é consequência de uma participação ativa dos indivíduos fora de esferas privadas de caráter eminentemente solidário²⁶⁰.

Tal como ocorre com os direitos, os deveres fundamentais não estão taxativamente dispostos no Título II da Constituição da República de 1988. Exemplo de dever fundamentação está no artigo 227 da Constituição da República de 1988, segundo o qual não só o Estado, mas também a família e a sociedade devem assegurar que os menores de idade tenham diversos direitos fundamentais assegurados. A propósito:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito

258 *Ibidem*. p. 338.

259 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 234.

260 “O reconhecimento de deveres fundamentais diz com a participação ativa dos cidadãos na vida pública e implica, na acepção de José Carlos Vieira de Andrade, ‘um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais’, portanto, reclama um mínimo de responsabilidade social no exercício da liberdade individual e implica a existência de deveres jurídicos (e não apenas morais) de respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive na esfera das relações entre privados, justificando inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais”. (*Ibidem*. p. 235).

à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão²⁶¹.

Nem todos os deveres fundamentais possuem as mesmas peculiaridades. Por essa razão, também passam por classificações, tais como: 1) a existência de deveres correlatos e de deveres autônomos; 2) a natureza dos deveres fundamentais de conteúdo defensivo ou prestacional; 3) a possibilidade de deveres implícitos juntamente com os expressamente descritos na Carta de 1988; e 4) a titularidade do dever (se imposto ao Estado ou ao indivíduo)²⁶².

Quanto à primeira classificação, tem-se que alguns deveres surgem em consequência de direitos fundamentais, tais como os deveres constitucionais atinentes à proteção do meio ambiente. Por outro lado, um dever pode ter em si a razão de existir por não se vincular diretamente a direitos fundamentais, como se visualiza no serviço militar obrigatório²⁶³.

Sobre a segunda classificação, alguns deveres serão concretizados através de uma obrigação de fazer; outros, por meio de uma obrigação de não-fazer. Muito se assemelham com a ideia de uma prestação negativa ou positiva já apresentada nos direitos fundamentais. Bernardo Gonçalves aduz a possibilidade de um determinado dever fundamental possuir ambas características (ser tanto um dever de natureza positiva quanto negativa, tal como o meio ambiente e a manutenção da defesa)²⁶⁴.

Sobre a terceira classificação, Ingo Sarlet reconhece a possibilidade de deveres fundamentais implícitos. Para tanto, aponta que o Norte para a evidenciar os deveres não previstos em normas expressas é o alcance dos direitos fundamentais expressos.²⁶⁵

261 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. cit.*

262 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. cit.* p. 340.

263 *Ibidem.* p. 339 *et seq.*

264 *Ibidem.* p. 341.

265 “Outra distinção relevante, também utilizada para os direitos fundamentais, diz com a diferenciação entre *deveres expressos e deveres implícitos*, visto que, diversamente do que ocorre com os direitos no caso dos deveres fundamentais, são poucas as hipóteses de deveres que tenham sido expressamente estabelecidos no texto constitucional. Embora seja correto afirmar que a existência de deveres implícitos tem sido maritalmente aceita, não há consenso fechado a respeito de quais seriam esses deveres implícitos. Da mesma forma, questiona-se a tese se a cada direito em espécie corresponde um dever fundamental, pelo menos de natureza implícita, o que implicaria, em outras palavras, reconhecer uma relação de correspondência direta e absoluta entre

Por sua vez, na quarta classificação a existência de deveres estatais implícitos e não autônomos são identificados, tais como a necessidade de implementação dos direitos sociais presentes no artigo 6º da Constituição da República de 1988 por meio de políticas públicas (como exemplo, a previdência social – que será objeto de exame detalhado em capítulo posterior). Observa-se deveres estatais explícitos e não autônomos, como a possibilidade de prestação de assistência judiciária gratuita, e o dever de criminalizar a ofensa a bens jurídicos que precisam de maior proteção social, bem como de promover a tutela jurisdicional de conflitos para fins de pacificação social. Os particulares, a seu turno, têm deveres autônomos como a necessidade de alistamento eleitoral.

Há de se reconhecer, também, que deveres fundamentais não se confundem com as restrições de um direito fundamental. Tal como denota Ingo W. Sarlet, uma restrição pode ser consequência de um dever (mas com esse não se confunde), tendo em vista o resguardo de um interesse comunitário, o que poderia resultar, inclusive, em uma série de limitações extensíveis a diversos direitos fundamentais²⁶⁶.

As características dos direitos fundamentais.

Ao passo em que as classificações são formadas a partir de elementos em comum em alguns direitos fundamentais, as características que serão elencadas a seguir são os aspectos comuns a todos eles (sejam implícitos ou explícitos, sejam de titularidade exclusiva dos particulares ou uma obrigação de fazer do Poder Público e dos particulares).

Com efeito, aponta-se a existência de doze características. São elas: I) relatividade; II) inalienabilidade; III) irrenunciabilidade; IV) inviolabilidade; V) universalidade; VI) diferença entre direitos e garantias; VII) efetividade; VIII) interdependência; IX) complementaridade; X) historicidade; XI) Aplicabilidade dos

direitos e deveres fundamentais. Em outras palavras, haveria sempre pelo menos tantos deveres fundamentais quanto direitos, sem prejuízo da existência de deveres autônomos”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 237).

266 “[...] importa que se deixe consignado que, em geral mesmo aqui não se poderá falar de uma relação simétrica, visto que os deveres fundamentais, ainda mais quando forem conexos (mas mesmo neste caso, ressalvadas as peculiaridades) não implicam a possível restrição de um determinado direito, mas podem resultar na restrição de vários direitos fundamentais, como bem demonstra o já referido exemplo da função (dever) social da propriedade”. (*Ibidem.* p. 239).

direitos fundamentais e XII) imprescritibilidade (sem dúvidas, a mais importante característica para fins do trabalho proposto)²⁶⁷.

Atribui-se relatividade aos direitos fundamentais porque eles não podem ser compreendidos de forma absoluta ou ilimitada. Convém lembrar de uma expressão popular: o meu direito acaba quando começa o direito dos outros. Em verdade, os fatos sociais são complexos e, eventualmente, apresentam um “aparente” conflito entre normas e direitos. Contudo, inclusive sob a luz do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²⁶⁸, há de se considerar que o limite de um direito fundamental está justamente em outro direito fundamental, de tal modo que a solução de eventual conflito não implicar em uma total supressão do direito fundamental de alguém, mesmo que seja a título de efetivação de outro direito fundamental.

Se é certa e necessária a condição humana dos indivíduos pertencentes a uma sociedade, também é devida a restrição quanto à transmissão de direitos fundamentais (que garantem a digna condição humana de seu titular). O indivíduo não pode abrir mão daquilo que o torna um indivíduo e, assim, sempre estará vinculado aos elementos jurídicos que fazem com que seja uma entidade cuja dignidade não resta sem proteção²⁶⁹.

A razão que impede a alienação de direitos fundamentais também impossibilita que eles sejam passíveis de renúncia. Eventualmente, o particular pode anuir com uma mitigação (ou até, com um não exercício) de determinado direito fundamental seu. De certo modo, a renúncia não está vinculada ao direito fundamental, mas sim ao próprio exercício desse direito. Se não há renúncia do núcleo do direito fundamental, seu titular tem poder para revogar a disposição de eventual não exercício desse direito.

Direitos subjetivos não podem ser violados por atos do Poder Público e dos particulares. Naturalmente, isso também se aplica aos direitos fundamentais e, por isso, devem ser considerados invioláveis.

267 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. cit.* p. 342 *et seq.*

268 “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. (BRASIL, *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* (Decreto-Lei nº 4.657/1942). *Op. cit.*).

269 “Para autores ligados à tradição alemã, tal inalienabilidade é resultado do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o homem nunca poderá deixar de ser homem, tendo sempre os direitos fundamentais como peças-chave para garantia de tal condição” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. cit.* p. 343).

Os direitos fundamentais são universais. Não se admite sistemas capazes de discriminações entre sujeitos que se encontram em uma mesma situação fática. Os trabalhadores possuem direitos trabalhistas garantidos, mas os que não se encontram no mercado de trabalho não têm estão passíveis de associação sindical. Observa-se que não se nega direito de livre associação a quem não trabalha. Todos podem se associar livremente, mas a especificidade denota que a associação em um sindicato depende das especificidades profissionais na vida de um indivíduo.

Direitos não são garantias. Os direitos fundamentais denotam uma declaração dos bens da vida (ou instituições sociais) protegidos, enquanto as garantias são os meios (instrumentos) permitidos para que a defesa, fruição ou realização dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são carregados de efetividade. Ora, a existência das demais características só faz sentido se for possível esperar que a prolação de atos pelo Estado (independentemente da função que esteja exercendo) e os fatos dos particulares sejam realizados a partir da ideia de preservação dos direitos fundamentais de todos indivíduos. Tendo em vista a efetividade e a inviolabilidade, os fatos e atos que ultrapassam limites impostos devem ser anulados.

Observa-se que os direitos fundamentais são interdependentes, pois não representam apenas declarações isoladas acerca de determinado bem da vida (ou instituição). Os fatos e a dignidade de indivíduos são complexos. Pode acontecer que determinada situação concreta esteja relacionada a mais de um direito fundamental, que deverão ser tutelados conjuntamente. “Nesse sentido, por exemplo, o direito à liberdade de locomoção se conecta à garantia do *habeas corpus*, bem como ao devido processo legal”²⁷⁰.

A interdependência também denota outra característica: a complementariedade. A devida proteção da condição digna depende da efetiva concretização dos direitos fundamentais. Assim, espera-se que eles sejam conjugados para que a dimensão da finalidade advinda deles seja adequadamente revelada.

A conjugação dos direitos fundamentais pode não alcançar determinadas situações que distorcem a condição digna de seus titulares. Essas situações podem ser evidenciadas pelo transcurso do tempo, que justifica a declaração de novos direitos

270 *Ibidem*. p. 344.

fundamentais. Isso aconteceu quando os direitos individuais não foram capazes de sustentar a igualdade entre as pessoas, sendo necessário a criação de direitos que garantissem prestações sociais por parte do Estado. Ou seja, os direitos fundamentais refletem o desenvolvimento cultural de determinada sociedade. Por consequência, os direitos fundamentais são históricos.

Não faria sentido dizer que direitos fundamentais são invioláveis se eles não possuísem aplicabilidade. Apesar de constituírem declaração sobre o que merece proteção, há de se considerar que essas declarações ensejam a nulidade das práticas que as observam. Tanto é assim que o artigo 5º, § 1º, da Constituição da República de 1988 determina que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”²⁷¹.

Por fim, como visto no capítulo anterior, existem razões para que um direito subjetivo seja extinto a partir da inércia do não exercício praticado por seu titular. Porém, o primado da segurança jurídica não pode implicar na degradação da condição de humano presente nos indivíduos, de tal modo que os direitos fundamentais podem sempre ser exigidos. Ora, tal como mencionado, pode ocorrer de o titular não exercer – por juízo de deliberação próprio – algum ou outro direito fundamental, porém ele sempre poderá socorrer-se em uma demanda apresentada no Judiciário para fins de ter seu direito novamente observado tanto pelo Poder Público quanto por outros particulares.

Os direitos fundamentais não se limitam a pessoas naturais brasileiras.

O artigo 5º da Constituição da República de 1988 já denota que a titularidade de direitos fundamentais não se resume a pessoas naturais brasileiras. Confira-se: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”²⁷²:

Mas a interpretação literal desse enunciado normativo não condiz com a amplitude dos direitos fundamentais. Com efeito, tem-se que turista estrangeiro em cidade brasileira poderá impetrar *habeas corpus* na hipótese de ter seu direito de liberdade de locomoção violado:

271 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Op. cit.

272 *Idem*.

"HABEAS CORPUS" - ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL - IRRELEVÂNCIA - CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS - PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQUÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE - NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA – [...].

- O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do "habeas corpus", em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal.

- A condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes.

- Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.

[...]

(HC 94404, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/11/2008, DJe-110 DIVULG 17-06-2010 PUBLIC 18-06-2010 EMENT VOL-02406-02 PP-00364)²⁷³.

Ou seja, apesar de doutrina em sentido contrário de José Afonso da Silva, o Ordenamento Jurídico brasileiro reconhece direitos fundamentais também a estrangeiros não residentes no País. De fato, independentemente de quaisquer disposições normativas expressas no corpo da Constituição de 1988, não se pode ignorar a relação entre direitos humanos e direitos fundamentais já tratada em momento anterior desse trabalho. Com efeito, há de se observar o princípio da universalidade dos direitos humanos de tal modo a ser incompatível a exclusão de direitos que estejam umbilicalmente ligadas à noção de dignidade da pessoa humana²⁷⁴.

273 BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. HC Nº 94.404/SP. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612361>>. Acesso em: 06/03/2018.

274 “Hipótese distinta é a da extensão da titularidade de direitos fundamentais a qualquer estrangeiro, ainda que não residente, mesmo nos casos em que tal não decore diretamente de disposição constitucional expressa. Neste contexto, há que invocar o princípio da universalidade, que, fortemente ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, evidentemente não permite a exclusão generalizada de estrangeiros não residentes da titularidade de direitos, sendo correta a tese de que pelo menos todos os direitos diretamente fundados na dignidade da pessoa humana são extensivos aos estrangeiros”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 220).

Isso não quer dizer, também, que todos os estrangeiros são titulares de todos os direitos e garantias fundamentais reconhecidos no Brasil²⁷⁵. Por exemplo, a titularidade da ação popular é exclusiva dos cidadãos brasileiros²⁷⁶; logo, a ação popular não pode ser proposta por estrangeiros, mesmo que residentes no Brasil.

Além disso, observadas as limitações inerentes às suas peculiaridades fáticas, as pessoas jurídicas também são titulares de direitos fundamentais, de tal modo que podem buscar tutela jurisdicional para cessar ofensas a direito de propriedade, ao sigilo de correspondência etc²⁷⁷.

Os limites presentes nos Direitos Fundamentais.

Como apresentado no tópico sobre características, os direitos fundamentais não são absolutos. A depender das peculiaridades dos fatos, o alcance do direito fundamental será definido a partir da existência de outros direitos fundamentais. “Logo, no caso concreto em si é que se poderia verificar com segurança a extensão e os limites a serem impostos a um determinado direito fundamental”²⁷⁸.

É pacífico que a interpretação sobre o alcance de um determinado direito fundamental é influência pela existência de outro. Porém resta analisar se os limites de direitos fundamentais podem ser definidos a partir de normas infraconstitucionais.

Como explicado por Virgílio Afonso da Silva, há dois pensamentos teóricos sobre a questão ora apresentada. O primeiro observa que os limites de um direito

275 “A Constituição de 1988, no *caput* do seu art. 5º, reconhece como titular de direitos fundamentais, orientada pelo princípio da dignidade humana (inciso III do art. 1º) e pelos conexos princípios da isonomia e universalidade, toda e qualquer pessoa, seja ela brasileira ou estrangeira residente no País. Contudo – e a própria limitação quanto à residência no Brasil por parte dos estrangeiros já o indica – algumas distinções entre nacionais e estrangeiros devem ser observadas, designadamente no que diz com a cidadania e a nacionalidade”. (*Ibidem*. p. 217 *et seq*).

276 “2.2. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples Constituição declarou como ‘nulos e extintos’ (§ 6º do art. 231 da CF)” (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. Pet nº 3.388/RR. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 06/03/2018).

277 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. cit.* p. 348.

278 *Ibidem*. p. 350.

fundamental está nele mesmo. Nessa linha, “a definição do conteúdo e da existência de um direito não depende de fatores externos

A relação entre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Não se ignora a realidade argumentativa vaga que é traçada sobre a dignidade da pessoa humana nas controversas sociais na atualidade. Tal como apontado pelo Ministro Luis Roberto Barroso, a falta de critérios estabelecidos para delimitar o conteúdo da dignidade da pessoa humana permite que esse ideal sirva de esteio para as argumentações contraditórias formuladas pelas partes²⁷⁹.

No caso do presente trabalho, tem-se que a pensão por morte é um benefício que efetiva, inexoravelmente, o direito à Previdência Social; que, por ser um direito fundamental de segunda geral, deve ser considerado um direito subjetivo consequente da valoração da dignidade humana, apesar da possibilidade de normas previdenciárias serem destinadas a proteção de entidades coletivas:

Além do mais, há que levar em conta que este predomínio da perspectiva subjetiva encontra sua justificativa no valor outorgado à autonomia individual, na qualidade de expressão da dignidade da pessoa humana. Importa consignar, outrossim, que esta presunção em favor da perspectiva subjetiva (individual) não exclui a possibilidade, inclusive reconhecida pela nossa Constituição, de atribuir-se a titularidade de direitos fundamentais subjetivos a certos grupos ou entes coletivos que, todavia, e em que pese a distinção entre as noções de pessoa e indivíduo, gravitam, em última análise, em torno da proteção do ser humano em sua individualidade²⁸⁰.

279 “Após a Segunda Grande Guerra, a dignidade tornou-se um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, materializado em declarações de direitos, convenções internacionais e constituições. Apesar do grande apelo moral e espiritual da expressão, sua grande vagueza tem sido com que ela funcione, em extensa medida, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem, os seus valores e convicções. [...]. De conflitos de vizinhança à proibição de brigas de galo, a dignidade é utilizada como uma varinha de condão que resolve problemas, sem maior esforço argumentativo” (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5ª Edição, 3ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 285).

280 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 161.

Ora, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro²⁸¹⁻²⁸²e, a partir disso, se justifica como limite dos direitos fundamentais, de tal modo que pode ensejar proibição de condutas mesmo que não previstas expressamente previstas no Ordenamento. A esse respeito, o Ministro Luis Roberto Barroso aduz que a tortura seria vedada independentemente de norma expressa²⁸³⁻²⁸⁴.

Por isso, não há condições de delimitar questões centrais sobre direitos fundamentais, com o fim de melhor compreender o âmbito de proteção da Previdência Social no capítulo seguinte deste trabalho, sem apresentar o ponto em que os direitos fundamentais se ligam à própria noção de dignidade da pessoa humana, presente no artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988. Afinal, “Como valor e como princípio, a dignidade da pessoa humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais”²⁸⁵.

281 “A Constituição Brasileira estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nossa República, por intermédio de seu art. 1º, III. A expressão não volta mais a aparecer no texto como um direito subjetivo expressamente reconhecido. Talvez essa tenha sido uma posição sábia de nosso constituinte, pois a dignidade é multidimensional, estando associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, [...]. Nesse sentido, a realização da dignidade humana está vinculada à realização de outros direitos fundamentais – estes, sim, expressamente consagrados pela Constituição de 1988”. (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 63).

282 “O postulado da dignidade da pessoa humana universalizou-se como um pólo de atração para cada vez mais novos e novíssimos direitos refletores do modismo constitucional-democrático. Com isso, abriu-se o receituário dos direitos sublimados na Constituição, que se multiplicam na razão direta dos conflitos insurgentes no meio social e das exigências insaciáveis de positivação jurídica, na esteira do humanismo ultrapluralista, solidarista e internacionalizado destes tempos” (CASTRO, C. R. S. *Op. cit.* p. 16).

283 BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.* p. 285.

284 “É sob essa perspectiva – de norma de princípio fundante da ordem constitucional pátria – que se há aplicar, nos mais variados contextos de disputa de interesses e pretensões jurídicas, o princípio em referência [dignidade da pessoa humana]. Essa modalidade normativa, por certo, suplantou os esquemas tradicionais e preconceituosos da escola clássica da hermenêutica, e já hoje descortina um horizonte de extraordinária abertura e possibilidade, segundo os objetivos de justiça material que encerram, ao sistema de normas sujeitas à sua diretriz reitora e proeminente. Enquanto princípio de matriz constitucional, o postulado da dignidade humana impõe ao Estado, pelo menos, três ordens distintas de postura a fim de emprestar a consequente e radical eficácia aos direitos fundamentais. Primeiramente, condena, [...], os atos estatais atentatórios a tal princípio. Além disso, impõe ao Poder Público o dever de se abster de praticar atos que desafiem o valor maior da dignidade humana. Por fim, induz, a que os órgãos e autoridades competentes, em todos os níveis de governo, [...], adotem iniciativas conducentes à eliminação das desigualdades sociais e que promovam condições sociais e econômicas propícias à existência digna de todos os seres humanos sujeitos à circunscrição da soberania do Estado” (CASTRO, Carlos Roberto. *Dignidade da Pessoa Humana: O princípio dos princípios constitucionais*. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 160 *et seq.*).

285 BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.* p. 285.

A princípio, convém salientar que parte da doutrina não observa a dignidade da pessoa humana como, necessariamente, o fundamento dos direitos fundamentais²⁸⁶. Mas, tendo em vista o alto grau de importância da dignidade da pessoa humana na concepção de direitos fundamentais (dentre os quais está a Previdência Social), adota-se, neste trabalho, os critérios estabelecidos pelo Ministro do Supremo para viabilizar a utilização da dignidade da pessoa humana como uma base lógica dos direitos fundamentais²⁸⁷.

Desse modo, nos termos dos parâmetros apresentados por Barroso, a noção de dignidade não pode se vincular às concepções abrangentes como religião ou ideologia política. Ou seja, a dignidade humana se torna um conceito jurídico operacional quando capaz de ser sustentada independentemente de questões religiosas e políticas; sendo, portanto, universais. Com efeito:

Em uma concepção minimalista, dignidade da pessoa humana identifica (1) valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). Portanto, os três elementos que integram o conteúdo mínimo da dignidade, na sistematização aqui proposta, são: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário²⁸⁸.

Portanto, ao se interpretar normas constitucionais à luz da dignidade da pessoa humana, deve-se reconhecer a necessidade de preservação do ser humano (diferente de outros animais em sua capacidade de pensar, em sua sensibilidade e comunicação) como um fim em si mesmo²⁸⁹. Desse modo, qualquer subjugação de

286 “O entendimento de que o princípio da dignidade está presente nas demais manifestações de direitos fundamentais, sem sombra de dúvida, encontra-se assente em parcela da doutrina. [...]. Entretanto, impõe-se, aqui, a ressalva de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem há a ‘possibilidade de existirem direitos fundamentais sem um conteúdo aferível em dignidade’. [...]. Não se pode transformar o princípio em referência em um axioma jurídico, em uma verdade universal, incontestável e absoluta: em outras palavras, em um mito” (TAVARES, André Ramos. *Op. cit.* p. 446 *et seq.*).

287 Não só o Ministro Luis Roberto Barroso reconhece a possibilidade da dignidade da pessoa humana ter uma concepção própria. Apesar de estar relacionada a mais de um direito fundamental, “isso não deve significar, no entanto, que a dignidade não tenha um sentido autônomo e juridicamente relevante, como um direito que imponha deveres ao Estado e aos demais membros da sociedade. [...] A idéia de dignidade da pessoa humana está, portanto, vinculada à nossa capacidade de nos conduzirmos pela nossa razão e não nos deixarmos arrastar apenas pelas nossas paixões.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.* p. 63 *et seq.*).

288 BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.* p. 286.

289 “O princípio da dignidade, expresso no imperativo categórico, refere-se substancialmente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não como meio para a realização de objetivos de terceiros. A dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de

indivíduos, a partir de critérios estritamente utilitaristas e autoritários, passa a não ser admitida. Além disso, é a partir da dignidade da pessoa humana que se impossibilita a limitação da autonomia de seres humanos possuem de desenvolver a sua personalidade através de suas experiências. Porém, cabe salientar que a compreensão das diretrizes constitucionais a partir da dignidade não tem natureza exclusiva, pois o resultado hermenêutico deve representar valores compatíveis e extensíveis aos membros de uma sociedade²⁹⁰.

Considerando, então, que a Previdência Social é um direito fundamental por disposição expressa do artigo 6º da Constituição da República de 1988, há de se ter em mente que a interpretação dos diversos enunciados relacionados ao Direito Previdenciário não pode ser realizada sem considerar a manutenção dos beneficiários em uma situação de risco social o fim próprio da prestação social.

A prescrição da pensão por morte de servidor: ausência de violação à seguridade social e o direito fundamental à segurança

Os riscos sociais do Regime Próprio não podem ser distintos dos contidos no Regime Geral por força do artigo 5º da Lei nº 9.717/1998²⁹¹. Ademais, como ressaltado, o postulado da isonomia é uma das bases necessárias para a formulação de quaisquer atividades hermenêuticas no âmbito do Direito brasileiro e não se observou nenhuma justificativa capaz de justificar a diferença de tratamento na incidência da prescrição na pensão por morte.

Não se observou, também, nenhum princípio específico na Constituição de 1988 capaz de ensejar tratamento diferenciado entre o Regime Geral e o Regime Próprio quanto à eventual prescrição da ação ao recebimento à pensão por morte. Afinal, a Previdência Social é um direito fundamental dos servidores públicos estatutários tal como é também para segurados do Regime Geral.

interesses alheios. [...] A dignidade humana impõe constrangimentos a todas as ações que não tomem a pessoa como fim” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.* p. 67).

290 BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.* p. 285 *et seq.*

291 “Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.” BRASIL. Lei Ordinária nº 9.717/1988. *Op. cit.*

A pensão por morte – sem dúvidas – tem nítido contorno alimentar, já que os dependentes precisam de meios para garantir seu sustento. Desse modo, percebe-se que a pensão está vinculada à concretização da dignidade da pessoa humana. A esse respeito, cabe lembrar que:

Os alimentos não se vocacionam apenas à manutenção física da pessoa. A desnecessidade da miserabilidade, indigência, de quem recebe alimentos, agasalha os princípios constitucionais, reconhecendo a ampla dimensão do conceito de dignidade humana. Assim, deve-se compreender o conceito de necessidade a partir dos caminhos sinalizados pela ideia de dignidade humana, emanada na Lei Maior²⁹².

Mas o caráter alimentar da pensão por morte não é suficiente para a tornar imprescritível. Sabe-se que o direito ao recebimento de uma quantia é, em regra, patrimonial e disponível. Isso de fato não pode ser ignorado, mesmo nos casos em que as quantias advêm de um direito de natureza alimentar. Com efeito, a qualidade alimentar das quantias atrasadas se perde com o passar do tempo, justamente porque elas não contribuíram para o sustento do credor. Tanto assim é que o artigo 202, § 2º, do Código Civil de 2002²⁹³ determina que as parcelas advindas de dever alimentar prescrevem em 02 anos, da data em que se vencerem.

Mas a declaração de imprescritibilidade poderia ainda advir da interpretação sistemática do ordenamento. Afinal, esse benefício previdenciário se tornaria uma forma de concretização do artigo 6º da Constituição da República de 1988; eis que, em um caso concreto, o benefício pagaria os custos do sustento do dependente e eliminaria os riscos sociais.

Ou seja, ignorar o exame de um caso por conta da prescrição poderia ter, como resultado prático, a exposição do dependente a uma situação de risco muito além do campo patrimonial. Ora, esse fator estaria de acordo com uma das características amplamente reconhecidas pela doutrina para os direitos fundamentais: a imprescritibilidade.

Ademais, tal como destacado anteriormente, o próprio ordenamento – à luz, por exemplo, do artigo 3º do Decreto-Lei nº 20.910/1932 – revela a distinção entre pretensão ao reconhecimento de um direito subjetivo em si considerado e o pagamento

292 DIAS, Maria Berenice. Alimentos – Direito, ação, eficácia e execução. 2ª Edição em e-book baseada na 2ª Edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

293 “Art. 206. Prescreve: [...] § 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.” BRASIL. *Código Civil de 2002*. Op. cit.

de parcelas sucessivas atrasadas. Sem dúvidas, a mora excessiva do credor não lhe garantirá o recebimento de uma quantia correspondente ao somatório de todo o período entre a morte do servidor e o ajuizamento da demanda.

De todo modo, o leitor do trabalho é livre para visualizar ou não a “prescrição do fundo de direito à pensão por morte”. Porém, há de se ressaltar a necessidade de manutenção do sistema jurídica. Assim sendo, pode-se entender pela uniformização da prática jurídica com base na prevalência dos argumentos expostos para a imprescritibilidade da pensão por morte declarada no Regime Geral.

Não há dúvidas: eventual imprescritibilidade desse benefício no âmbito do Regime Geral também deverá ser estendida no âmbito do Regime Próprio. Afinal, a atuação do Poder Judiciário causa impactos na formulação e efetivação das políticas públicas estatais.

A opção do presente trabalho é o caminho inverso. Entende-se que a melhor solução jurídica é expurgar a defesa da imprescritibilidade da pensão por morte, tanto para dependentes de servidores estatutários quanto para dependentes de segurados do Regime Próprio. Isso porque tanto o Regime Geral quanto o Regime Próprio estão submetidos às mesmas regras básicas de previdência social; que, por sua vez, está subordinada às regras e princípios gerais (constitucionais) do Ordenamento.

Mas salientar que uma ação é imprescritível ao vincular seu objeto ao reconhecimento de um direito fundamental, de reflexos patrimoniais, não fulmina a finalidade da prescrição? Para responder essa pergunta, recorre-se aos ensinamentos de Agnelo Amorim Filho²⁹⁴ sobre o que vêm a ser uma “ação imprescritível”.

Em verdade, o professor observou que os direitos subjetivos podem ser divididos em duas categorias: I) os que seu objeto é um bem da vida concretizável mediante uma prestação e os II) que são potestativos por serem uma manifestação de vontade capaz de influir em situações jurídicas que estavam abrangidas pela vontade de

294 Esse doutrinador – que foi professor na Universidade Federal da Paraíba – elaborou um artigo clássico denominado “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis” no ano de 1961. Esse artigo foi reproduzido no Tomo V da coleção “Revista Forense Comemorativa 100 anos”. Convém lembrar que o Código Civil de 1916 ainda estava vigente e, por essa razão, muitas críticas presentes no texto científico do doutrinador se perderam por fazer remissão aos problemas normativos do antigo Código Civil. Exemplo, o autor menciona a falta de precisão terminológica entre prescrição e decadência nas disposições legais cíveis. Mas, como já visto neste trabalho, acredita-se que esse problema normativo foi resolvido graças ao trabalho de Reale quando o Código Civil de 2002 foi elaborado.

outras pessoas. Desse modo, ele evidenciou o estado de sujeição pertencente aos direitos potestativos, que não dependiam de uma prestação para serem concretizados²⁹⁵.

Tendo em vista as características dos direitos potestativos, o professor destacou que Chiovenda foi capaz de classificar as ações em declaratórias, condenatórias e constitutivas. Sendo que as condenatórias estão relacionadas aos direitos subjetivos que dependem de uma prestação (positiva ou negativa) de outra pessoa, de tal modo que uma sentença condenatória não pode estar relacionada à concretização de um direito potestativo. Enquanto isso, tendo em vista que as ações constitutivas visam à criação/modificação/extinção de um estado jurídico, essas estariam vinculadas a noção de direito potestativo. Quando se buscava – apenas – uma certeza jurídica, a ação seria meramente declaratória. Frisa-se: o objeto das ações declaratórias se limita à obtenção de uma certeza no campo do Direito²⁹⁶.

Pois bem, certamente, as ações relacionadas à pensão por morte são condenatórias. Observe o leitor que em todo trabalho houve o cuidado de usar o verbo declarar quando o ato de demandar estava sendo exposto. Isso se deu apenas por uma razão: todas as ações – mesmo as condenatórias (relacionadas a prestações) e as constitutivas (relacionadas a constitutivas) possuem, também, um cunho declaratório²⁹⁷. Ora, uma condenação depende de uma relação jurídica reconhecida, tal como a constituição de uma situação jurídica por meio de um ato jurisdicional depende de uma certeza jurídica prévia. Sem dúvidas, o resultado prático de uma ação advinda do benefício previdenciário é o pagamento da pensão. Haverá condenação quando o objeto da ação se referir à percepção de diferenças ou quando se referir ao reconhecimento do direito subjetivo ao benefício. O provimento sempre estará relacionado à prestação do devedor.

Dessa forma, há se perceber que a disposição que as ações decorrentes de eventual pensão por morte não se enquadram no disposto no artigo 19 do Código de

295 AMORIM FILHO. Agnelo. *Op. cit.* p. 103/105.

296 *Idem.* p. 109 *et seq.*

297 “Convém acentuar, porém, que as sentenças condenatórias e as constitutivas também têm certo conteúdo declaratório, ao lado do conteúdo condenatório ou constitutivo, pois toda sentença deve conter, necessariamente, a declaração da existência da relação jurídica sobre a qual versam” (*Ibidem.* p. 110, *passim*).

Processo Civil de 2015²⁹⁸ (antigo artigo 4º, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973). De tal sorte, que a imprescritibilidade natural das ações declaratórias não se aplica às demandas condenatórias contra a Fazenda Pública. Quanto à imprescritibilidade das ações declaratórias, recorre-se, novamente, aos ensinamentos de Agnello Amorim Filho:

Fixado o conceito, pergunta-se: as ações declaratórias estão ligadas à prescrição ou à decadência? Parece-nos que nem a uma coisa e nem a outra, conforme se passa a demonstrar.

Já vimos, anteriormente, que todo prazo prescricional está ligado, necessária e indissolavelmente, à lesão de um direito, de modo que, se não há lesão do direito, não há como cogitar de prescrição da ação. Já vimos, igualmente, que fato semelhante ocorre com o instituto da decadência: todo prazo decadencial está ligado, também necessária e indissolavelmente, ao exercício de um direito, de modo que só sofrem os efeitos (indiretos) da decadência aquelas ações que são meio de exercício de alguns direitos pertencentes a uma categoria especial.

Ora, as ações declaratórias nem são meio de proteção ou restauração de direitos lesados, nem são tampouco, meio de exercício de quaisquer direitos (criação, modificação ou extinção de um estado jurídico)²⁹⁹.

Cabe lembrar que a segurança jurídica é a razão de se falar tanto em prescrição quanto em decadência³⁰⁰. De fato, a segurança jurídica é condizente com a noção de pacificação social e, assim sendo, próxima a noção de “bem de todos” (que é um dos objetivos da própria República³⁰¹).

Tanto é assim, que a segurança também é elencada como direito fundamental (tal como a previdência social). A preservação do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido é um exemplo da preocupação do ordenamento para a pacificação social.

Veja, leitor, a prescrição da pretensão ao benefício da pensão por morte não importa – necessariamente – em exposição indevida aos riscos sociais protegidos pela

298 “Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica; II - da autenticidade ou da falsidade de documento.” BRASIL, Código de Processo Civil de 2015. *Op. cit.*

299 AMORIM FILHO, Agnello. *Op. cit.* p. 121.

300 “E se se levar em conta que a prescrição e a decadência têm uma finalidade comum, que é a paz social, ainda ficará mais evidenciada a desnecessidade de se fixar prazo extintivo para as ações declaratórias, pois, não produzindo elas (e as respectivas sentenças), como de fato não produzem, qualquer modificação no mundo jurídico (mas apenas a proclamação da *certeza jurídica*), seu exercício ou falta do exercício não afetam, direta ou indiretamente, a paz social” (*ibidem*. p. 123).

301 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, Constituição da República de 1988. *Op. cit.*)

previdência social. Isso por duas razões: I) se o dependente estiver exercendo alguma atividade profissional regular, ele também estará vinculado a um regime previdenciário como segurado; II) se não pela previdência, por meio das demais políticas públicas relacionadas à seguridade social e aos demais direitos fundamentais, o dependente ainda terá direito de ver sua situação de risco resgatada pelo Poder Público.

Ademais, não é certo afastar a noção de *actio nata* da pensão por morte. Com efeito, a concretização do benefício previdenciário ocorre quando há o efetivo pagamento, de tal modo que só há interesse em demandar quando – de alguma forma – a Administração Pública o valor devido. Então, a inserção das ações relacionadas ao pagamento de pensão por morte sob o jugo do artigo 189 do Código Civil de 2002 (tal como o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios no julgamento da Apelação Cível nº 0024983-81.2016.8.07.0018) se faz muito razoável. Ora, “tôdas as ações condenatórias (e sòmente elas) estão sujeitas a prescrição”³⁰².

302 *Ibidem*. p. 115.

IV – A atuação do Poder Judiciário e seus reflexos nas políticas públicas estatais.

Conforme enunciado normativo expresso no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”³⁰³ Evidencia-se, sem margens para dúvidas, o papel imposto aos juízes de exercer função de pacificação social e garantia dos fins do Direito. Importante mencionar que esse papel é, de fato, um dever oficial do qual os magistrados não podem descuidar mesmo que não haja disposição normativa específica ao conflito social que lhes é apresentado. Nesse sentido, o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁰⁴.

A atuação judicial vinculada à consciência social e à justiça.

Dentro desse panorama, imagina-se uma atuação dos juízes dentro das premissas normativas dos diversos ramos do Direito. Isso em um contexto de formulação objetiva de raciocínio elaborado a partir do texto da lei e concepções estudadas em Filosofia do Direito. Logo, não é possível ignorar prévia formulação de uma imagem conceitual de um julgamento a ser elaborado por um magistrado que busca alcançar o resultado adequado ao caso que lhe apresentado³⁰⁵.

Com efeito, a diversidade dos fatos sociais e a consequente falta de previsibilidade de todas as circunstâncias que são passíveis de concretização levam a diversidade de decisões judiciais legítimas. Afinal, “pode-se definir o direito como uma ordenação heterônoma das relações sociais baseada numa integração normativa de fatos e valores”³⁰⁶.

Mas a realidade demonstra que uma diversidade de decisões pode ocorrer dentro de uma mesma questão jurídica ou de questões jurídicas muito similares. Sem dúvidas, um evento fático pode admitir julgados opostos igualmente legítimos perante o

303 BRASIL. *Constituição Federal de 1988. Op. cit.*

304 “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” BRASIL, *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Op. cit.*

305 FERREIRA, Carolina Cutrupi; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem os Juízes?. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Manual de Sociologia Jurídica. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 255.*

306 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito. 22ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 262.*

Direito. Com efeito, não é possível ignorar que a decisão a ser considerada adequada será a que se assemelha com as experiências individuais de quem analisa o processo.

Desse modo, exige-se cuidado para que um exame da prática jurisdicional, capaz de interferir na eficiência das políticas públicas implementadas pela Administração Pública ou normatizadas por critérios gerais do Poder Legislativo, não seja divorciado das práticas reais de como o Direito é pensado e concretizado³⁰⁷. Há de se fazer um exame profundo nas razões de decidir do caso apresentado ao Judiciário para perceber eventual incoerência na interpretação do sistema ou necessidade de superação do que há muito vem sendo considerado adequado:

Além de descrever o que efetivamente ocorre em nosso direito, é preciso refletir também sobre a qualidade da fundamentação das sentenças. Fundamentações deficientes, centradas em argumentos de autoridade, marcadas por uma argumentação incoerente, mesmo que construída a partir do material jurídico (leis, princípios, costumes, jurisprudência), podem contribuir para enfraquecer o Estado de Direito no momento em que a sociedade passe a prestar mais atenção nelas e deixe de ver os juízes como espécie de “semideuses” dotados de um saber técnico sempre preciso e sem acerto. Afinal, é difícil aceitar uma decisão que soa irracional, meramente subjetiva, totalmente idiossincrática, incoerente e, portanto, autoritária³⁰⁸.

Como mencionado, desde a regulamentação constitucional se percebe um papel relevante concedido ao Judiciário, que é capaz de examinar diversas questões políticas, sociais e econômicas.³⁰⁹ Como exemplo de atuação não restrita ao Direito, o exame da possibilidade do aborto de fetos anencefálicos tratada pelo Supremo Tribunal Federal³¹⁰.

Observa-se a possibilidade de uma solução a questão relevante depender de exame de subsunção de norma ao fato. Hipóteses complexas demandam soluções complexas, que devem ser apresentadas em linguagem simples e acessível a todos. Afinal, todas as pessoas, dentro de cada contexto próprio, são legitimadas a participar da discussão sobre o que é o Direito³¹¹.

307 FERREIRA, C. C.; RODRIGUEZ, J. R. *Op. cit.* p. 256.

308 *Ibidem.* p. 257.

309 *Ibidem.* p. 267.

310 Sobre essa questão, confira-se o julgamento proferido em ADPF n. 54/STF.

311 *Idem.*

Ora, não é possível negar que a construção do Direito está relacionada com o cotidiano de todos os integrantes da sociedade. Afinal, são os membros dessa entidade coletiva que elaboram as suas próprias leis, legitimam os seus juízes e os seus administradores e capacitam seus juristas. Além disso, as entidades compelidas a obedecerem todo um sistema jurídico desenvolvem críticas ao que é considerado obrigatório justamente por terem suas vidas modificadas pela estrutura normativa.

O ponto de que partimos é a hipótese de que um sistema jurídico de normas será vigente se for capaz de servir como um esquema interpretativo de um conjunto correspondente de ações sociais, de tal maneira que se torne possível para nós compreender esse conjunto de ações como um todo coerente de significado e motivação e, dentro de certos limites, predizê-las. Esta capacidade do sistema se baseia no fato das normas serem efetivamente acatadas porque são sentidas como socialmente obrigatórias³¹².

Por tudo isso, natural perceber que a garantia da ordem social pelo sistema jurídico está aproximada a um ideal de justiça de garantir a cada um o que é seu³¹³.

Com efeito, o objeto do trabalho é expor contradição na prática jurídica no exame de questões relacionadas a pensões por morte, o que resulta em clara ofensa ao ideal de justiça. Ou seja, se as ações de pensão por morte de segurado pelo Regime Geral são reconhecidas como imprescritíveis, as ações de pensão por morte de servidor estatutários também devem ser imprescritíveis, tendo em vista que os princípios previdenciários devem ser aplicados tanto no Regime Geral quanto no Regime Próprio. Mas, aqui, ainda cabe uma ressalva: a segurança jurídica estaria melhor protegida se a prescrição puder ser declarada em ambos regimes.

Independente do pensamento do leitor sobre a incidência da prescrição nas ações que buscam o pagamento de benefícios previdenciários. Algo deve ficar bastante esclarecido: decisões judiciais contraditórias enfraquecem a noção de Direito como um sistema e, conseqüentemente, interferirem nas políticas públicas a serem implementadas pela Administração Pública.

Uma advertência cabe ser feita: não se quer apresentar o Direito como sinônimo de justiça. De fato, por vezes, a realidade jurídica não segue o padrão de

312 ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradutor: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000. p. 59.

313 ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia do Direito*. I Panorama Histórico, II Tópicos Conceituais. 11ª Edição – revista e aumentada. São Paulo: Atlas, 2015. p. 254.

excelência da justiça na realidade fática. Porém, como mencionado, o fim do sistema jurídico é a operacionalização da própria vida social, o que não pode ser concebido se o ideal de justiça não for a meta do Direito³¹⁴. Desse modo, “o direito pode ser dito um fenômeno sem sentido, com Tercio Sampaio, se divorciado da dimensão da justiça, à medida que sua função técnico-instrumental serve às causas que garantem o convívio social justo e equilibrado”³¹⁵.

Há de se afirmar que a pacificação social não é o único pensamento que busca dar sentido à noção do Direito. A partir da acepção sociológica de Franz Oppenheimer, “o Estado, pela origem e pela essência, não passa daquela “instituição social, que um grupo vitorioso impôs a um grupo vencido, com o único fim de organizar o domínio do primeiro sobre o segundo e resguardar-se contra rebeliões intestinas e agressões estrangeiras”³¹⁶. Logo, o Direito, como instituto imposto pelo próprio Estado, teria fim de garantir a manutenção da classe dominante no poder. Nesse sentido:

Em outras palavras, o Direito (independentemente de seu aspecto científico) representa um fenômeno empírico, pois que regulador de fatos sociais oriundos do relacionamento humano, o que implica uma “linguagem” típica, traduzida na teorização, legislação, hermenêutica e jurisdicionalização, que constituem funções essenciais do Estado, por conseguinte, com significativa expressão e força, todavia, como expressão das ideologias dominantes, posto que, as idéias dominantes, são as da classe dominante, como acentuou Aristóteles, seguindo mais tarde por Marx. Resulta daí que, no âmbito dos países capitalistas, o Judiciário, como um dos poderes políticos do Estado, reflete, como um todo – salvo raríssimas exceções individuais –, as concepções das classes exploradoras, economicamente fortes e politicamente dominantes, fazendo parte, portanto, do aparelho estatal opressivo e repressivo, tendente a manter o *status quo* elitista que privilegia uns poucos em detrimento da maioria.³¹⁷

De qualquer modo, independente da linha de pensamento que o aplicador tem sobre o Direito, deve-se esperar nas decisões judiciais um reflexo da consciência do magistrado acerca de seu papel na definição do que deve ser considerado o mais próximo de um ideal de justiça no caso concreto.

314 ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.* p. 597.

315 *Ibidem.* p. 598.

316 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 23ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 68.

317 SOARES, Orlando. *Curso de Filosofia Geral e Filosofia do Direito*. 4ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 479.

O desafio da solução jurídica mais adequada ao contexto social.

Por vezes, o Judiciário é a última palavra sobre a interpretação da lei, de tal modo que se torna a instituição responsável pela garantia dos direitos das entidades que compõem a sociedade e pela defesa de eventuais arbitrariedades advindas de atos contrários às leis ou à Constituição³¹⁸, que poderiam minar a aplicação de políticas públicas. Logo, “É facilmente perceptível que a denegação de Justiça constitui das violações mais comprometedoras da efetividade dum sistema de direitos humanos, haja visto proclamar o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem”³¹⁹.

Quando o trabalho examinou o fenômeno da prescrição da pretensão ao direito da pensão por morte, observou-se práticas jurídicas com efeitos diferentes, mas todas com fundamentos jurídicos técnicos.

Mas esses fundamentos jurídicos não retiram do juiz a necessidade de uma consciência sobre a relevância de sua função social. De fato, não é possível cobrar do homem-juiz uma natureza além de sua humanidade na atuação virtuosa e prudente. Contudo, se o juiz afastar de uma consciência social, o que se terá é uma pessoa presa em seu próprio gabinete e fechada às necessidades sociais capazes de levar a interpretações que, apesar de técnicas, não correspondem à verdadeira função organizadora e pacificadora do sistema jurídico³²⁰.

O compromisso e o atrelamento do juiz com a causa da justiça social faz com que se devam formular imperativos por meio dos quais se ilustrem os comportamentos desejados e os comportamentos indesejados do magistrado pela sociedade. Entende-se que não basta ao juiz simplesmente julgar ou o que é pior, manejar mecanicamente a lei, subsumindo aos casos concretos à sua literalidade; atualmente, não há mais lugar para arcaísmos, mentalidades retrógradas ou modelos de julgadores dearticulados das necessidades sociais³²¹.

Há de se ponderar que a resposta correta absoluta dificilmente será encontrada de forma definitiva. Na verdade, sempre haverá a impressão de superação de equívocos passados, tendo em vista que o pensamento social se modifica com o tempo. Com efeito, “a verdade estaria sempre a alguns passos do direito, sem ser jamais apanhada – uma

318 BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Ética Jurídica: Ética geral e profissional*. 11ª Edição – revista, atualizada e modifica. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 543.

319 CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 320.

320 BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.* p. 542.

321 *Ibidem*. p. 543.

borboleta que um menino procura capturar: mal se aproxima dela, sorrateiramente, e ela já esvoaça”³²². Mas, como já foi exposto, a consciência social no momento da aplicação do Direito garante a legitimidade esperada na concretização de uma pacificação de conflitos de modo coercitivo que não ignore as liberdades individuais.

Esse, portanto, é o desafio posto à técnica jurídica: conjugar os pilares do liberalismo (economia de mercado e participação pública) com os objetivos de uma existência digna, proporcionada pela ação dos poderes públicos, assim como almeja a democracia social. Desafio que, na contemporaneidade, consiste em evitar que os poderes públicos ou os grandes conglomerados econômicos suprimam as liberdades do homem, uma vez que não se deve eliminar o espírito livre do homem para saciar seu corpo³²³.

O papel do Judiciário na concretização de políticas públicas.

Com efeito, as políticas públicas são atividades a serem implementadas em uma realidade, após devido estudo e avaliação das circunstâncias fáticas, para fins de alcançar uma melhora social de caráter permanente³²⁴.

De fato, a Administração Pública se traduz como um complexo operacional e executório destinado à realização dos direitos fundamentais advindos do princípio da dignidade da pessoa humana. Mas, a Constituição, ao prever direitos e tutelar bens jurídicos, exige que os agentes políticos, administrativos e jurídicos passem a atuar ponderando diversos interesses sociais³²⁵. Com efeito:

Percebe-se, desta forma, que uma intensa atividade de ponderação deve ser realizada no âmbito dos três poderes clássicos do Estado, legislativo, executivo e judiciário, que, assim, dispõem de variados espaços de conformação dos direitos fundamentais consagrados no Texto Constitucional. Esta ponderação de interesses, que se apresenta como verdadeiro requisito de legitimação das ações dos poderes públicos, para que se torne juridicamente aceitável, deverá ser guiada por critérios

322 JHERING, Rudolf Von. *A Finalidade do Direito*. Tomo I. Tradutor: Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. p. 290.

323 ANDRADE, Rogério Emilio de. *Democracia Social*. In: Andrade, Rogério E. de, SANTOS, André Luiz Lopes dos. *Direito e Política nos Marcos da Interdisciplinaridade*. Campinas: Edicapm, 2003. p. 355.

324 “Políticas públicas expressam, portanto, decisões – [...] – que, todavia, se constroem a partir do signo da multiplicidade, e hão de ser entendidas numa perspectiva de continuidade, de projeção para o futuro, de resultados almejados, e de obrigações que se tenha por instrumentais ao alcance desses mesmos efeitos” (VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. 2ª Edição – revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 35).

325 PESSOA, Robertônio Santos. *Constituição, democracia e burocracia: a formulação e a execução de políticas públicas*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29773>>. Acesso em: 6 de março de 2018.

de *proporcionalidade*, principalmente no que concerne à *otimização* dos direitos fundamentais³²⁶.

Ora, os atos realizados por um magistrado (em especial quando põem termo em um processo) não podem ignorar que o processo é um meio para alcançar um resultado justo. Logo, esses atos devem estar relacionados a aspectos humanitários ao ponto de tornar um juiz um agente público guardião da cidadania e dos Direitos Humanos³²⁷. “Não se trataria de um ‘governo’ do judiciário, (no caso da necessidade de interferência em virtude de omissões do Estado), mas simplesmente na realização concreta dos preceitos constitucionais que não podem ser deixados de lado”³²⁸.

Então, considerando o disposto no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³²⁹, não pode o membro do Poder Judiciário, à revelia de suas funções institucionais, formular premissas jurídicas conflitantes com o próprio Ordenamento Jurídico de tal modo que uma pretensão à pensão por morte seja declarada prescrita ao mesmo tempo que, sem maiores reflexões, a mesma pretensão é considerada imprescritível, desde que seja requerida por um beneficiário de categoria profissional específica.

Deve-se ressaltar que os direitos fundamentais estão relacionados a valores que a sociedade, como um todo, escolheu como necessários a uma convivência pacífica e segura tanto do homem individual como do homem social³³⁰:

E esses valores devem ser perseguidos pelo aplicador do direito, quando na sua interpretação analisando uma série de fatores de ordem social, política, econômica e moral, porque a visão purista do ordenamento não possui mais espaço. Ou seja, o direito não se dissocia da realidade social, política, econômica e moral de um Estado. De tal forma, também, o Estado, na consecução de suas políticas públicas deve ter em mente o que lhe determina sua Constituição sob pena de lhe falar legitimidade jurídica, o que caracteriza um duplo condicionamento³³¹.

326 *Idem*.

327 LAGRASTA NETO, Caetano. *Deontologia Jurídica*. In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 20, p. 339-345, dez./mar. 1997/1998. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/20266>>. Acesso em: 6 de março de 2018.

328 NOGUEIRA, Rafael Moreira. *Reflexões acerca da efetivação dos direitos sociais*. In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte. V. 6, n. 25, jul. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30324>>. Acesso em: 6 de março de 2018.

329 “Art. 5º. [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. *Op. cit.*

330 *Idem*.

331 *Idem*.

Quando a prática jurídica vincula a imprescritibilidade da pensão por morte deixada por segurado do Regime Geral de Previdência Social a natureza alimentar e fundamental de normas previdenciárias, não é possível ignorar a força do Estado-Juiz influenciando o modo de agir do Estado Social. Daí a grande importância do raciocínio jurídico realizado, em hipóteses como a concessão de pensão por morte, ser construído em bases sólidas do ordenamento.

Conclusão

Observou-se na prática forense alguns precedentes jurisprudenciais em que a pretensão ao fundo de direito de pensão por morte de servidor foi declarada prescrita. Percebeu-se, também, a existência de precedente jurisprudencial em que a imprescritibilidade da pensão por morte de segurado do Regime Geral de Previdência foi declarada.

Apesar da disposição normativa do artigo 1º do Decreto-Lei nº 20.910/1932, procurou-se as razões que justificariam uma eventual extensão da imprescritibilidade da pensão por morte no Regime Geral também para o Regime Próprio.

Afinal, existem diversas disposições normativas tratando sobre prescrição. De tal modo que a determinação da melhor norma a ser aplicada a uma controvérsia nem sem será fácil. Uma prova disso está na necessidade de interpretação dos enunciados normativos a partir do postulado da isonomia, de tal modo que a interpretação literal do artigo 1º do Decreto-Lei nº 20.910/1932 não prevaleceria sobre a interpretação sistemática constitucional.

O primeiro passo efetivo para se verificar se a pensão por morte de servidor deveria ser declarada imprescritível foi determinar os contornos do que vem a ser prescrição. Isso porque um contexto fático pode dar ensejo a mais de uma pretensão.

Sem a realização de um estudo sobre a natureza da pretensão envolvida no pedido de pensão por morte, precedentes jurisprudências fulminaram demandas em razão da prescrição. Porém, em situações fáticas parecidas ou idênticas, outros julgados reconheceram prescrição de parte dos valores a receber (mas não da pretensão ao direito em si considerado).

De fato, o primeiro passo em busca da solução de uma controvérsia é definir o objeto da ação, que poderá ser meramente declaratório, condenatório ou constitutivo. No âmbito das ações condenatórias, o segundo passo será observar se o pedido depende, antes, do reconhecimento do direito subjetivo, ou se relaciona, apenas, ao recebimento das parcelas vencidas que são decorrentes desse direito subjetivo.

As parcelas sucessivas se fazem exigíveis à medida em que vencem. Por essa razão, a prescrição alcança somente os valores não pagos há mais de cinco anos do reconhecimento do direito à pensão por morte.

Mas, quando se trata do reconhecimento do próprio direito de fundo (ou seja, da pensão em si considerada), a possibilidade da prescrição ou da imprescritibilidade deve ser realizada a partir do Direito Constitucional. Ora, as disposições normativas administrativas, previdenciárias, cíveis devem ser interpretadas em conjunto a partir da Constituição de 1988. Se o que torna a pensão por morte imprescritível nas demandas advindas do Regime Geral de Previdência é a sua natureza previdenciária, por que esse caráter previdenciário também não torna imprescritível as demandas advindas do Regime Próprio de Previdência?

A verdade é que a prescrição no reconhecimento do fundo de direito à pensão por morte não é pacífica. No trabalho houve a citação de precedente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e de alguns julgados do próprio Superior Tribunal de Justiça declarando a prescrição da pretensão ao recebimento dessa pensão por morte de servidor. Contudo, saliente-se que esse tribunal superior – que tem atribuição constitucional de uniformizar direito federal – ainda não concluiu julgado em sede de embargos de divergência acerca desse tema.

Para alcançar uma resposta viável a pergunta formulada, após a compreensão do que significa prescrição, este trabalho teve que expor premissas jurídicas capazes de demonstrar que a base da previdência social dos servidores públicos tem que ser coerente com as premissas básicas da previdência do Regime Geral.

Isso porque a previdência foi demonstrada como uma necessidade social também para os servidores e seus dependentes, tendo em vista: I) o fato do ordenamento jurídico se apresentar como um sistema; II) a finalidade do Estado (Democrático) de Direito a partir dos direitos fundamentais e próxima ao ideal de solidariedade; III) a dignidade da pessoa humana.

Ora, os riscos sociais protegidos no regime dos segurados (e seus dependentes) do Regime Geral são quase os mesmos (alguns idênticos) dos riscos sociais que assolam os servidores estatutários (e seus dependentes).

Logo, a certeza que se obtém nesse trabalho é a necessidade de uniformizar o entendimento jurisprudencial sobre a aplicação da prescrição no benefício pensão por morte. Isso porque não se encontrou (seja na lei, na doutrina, ou jurisprudência) motivo para que o simples transcurso de tempo atinja dependentes de modo diferente. Cônjuges e filhos de servidores também precisam garantir o seu sustento. A necessidade de manter

o sustento dos familiares é sim uma das finalidades maiores da Previdência Social, que é um direito fundamental!

A resposta da pergunta não ficaria completa se o trabalho não se pronunciasse pela possibilidade ou não da prescrição nas ações condenatórias ao pagamento de pensão por morte.

Por isso, sugere-se o reconhecimento da prescrição nas ações condenatórias ao pagamento de pensão por morte. Seja por falecimento de servidor, seja pelo óbito de segurado do Regime Geral. Isso mesmo quando o objeto da ação tem foco na formação da certeza do direito ao benefício.

A noção de segurança jurídica (que envolve pacificação social) também faz parte dos direitos fundamentais. Além disso, a prescrição da pretensão ao recebimento de benefício previdenciário não significa a institucionalização de abandono ao dependente inerte.

Ou seja, a extinção das demandas por meio da prescrição (consequente da inércia de uma das partes) não é capaz de cristalizar a degradação de um indivíduo. O dependente, caso esteja em risco social, sendo titular de direitos no âmbito da seguridade social e de outros direitos fundamentais. De tal modo que o Poder Público não poderá ignorar eventual situação de vulnerabilidade, uma vez que a dignidade da pessoa humana³³² é uma das premissas básicas do próprio Estado Social Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana, concretizada através da efetivação dos direitos fundamentais, não permite que o indivíduo seja visto como simples elemento que forma uma superestrutura coletiva estatal³³³. Então, “Pode-se afirmar que o Homem, por ter dignidade, deve ser respeitado, estando acima de qualquer valoração de cunho pecuniário”³³⁴.

332 Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim e si e nunca como meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. (COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 34).

333 “Este princípio [dignidade da pessoa humana], ademais, não aceita o erro fundamental do socialismo, que é o de transformar cada homem numa espécie de molécula do organismo social, reduzindo-o a uma série de relações sociais que terminam por eliminar o conceito de pessoa como sujeito autônomo de decisão moral”. (ZIMMERMAN, Augusto. *Op. cit.*, p. 235).

334 TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 440.

Sem dúvidas, a Previdência Social é considerada um direito fundamental, relacionada à segunda geração, por estar expressamente prevista no artigo 6º da Constituição da República de 1988. No mesmo nível constitucional, tem-se a segurança jurídica como um direito fundamental previsto no art. 5º, *caput*, dessa mesma Carta³³⁵. De fato, a segurança jurídica assume uma prestação negativa do Estado, mas não pode ser vista sob o ponto de vista de um único indivíduo. A declaração da prescrição na concessão de benefício de pensão por morte (em si considerada) é uma segurança: I) ao adimplemento das relações previdenciárias firmada entre o Poder Público e os demais cidadãos; II) às políticas públicas sociais do Estado, cujos gastos são concretizados a partir de leis orçamentárias que gerem recursos que não são suficientes para a satisfação plena das necessidades sociais.

Assim, a segurança jurídica (advinda da estabilização das relações jurídicas entre o Poder Público e os indivíduos da sociedade) não pode ser suprimida por disposição previdenciária, ainda mais quando os riscos sociais puderem ser suplantados por outras disposições normativas ou por políticas públicas.

A propósito, cabe lembrar, nesse momento, que o próprio Superior Tribunal de Justiça possui precedentes que atestam a incidência do prazo prescricional em demanda cujo objeto se refere ao pagamento de pensão por morte. A propósito, confira-se:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. OCORRE A PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO QUANDO DECORRIDOS MAIS DE CINCO ANOS ENTRE O AJUIZAMENTO DA AÇÃO E O ATO ADMINISTRATIVO QUE NEGA O PRÓPRIO DIREITO RECLAMADO. AGRAVO INTERNO DO ESTADO DO PARANÁ PROVIDO.

1. Esta Corte consolidou a orientação de que nas ações propostas visando o restabelecimento do pagamento de pensão por morte, decorridos mais de cinco anos do cancelamento do benefício, é de ser reconhecida a prescrição do próprio fundo de direito. Precedentes:

335 O termo “segurança” utilizada no presente trabalho não se relaciona com a noção de segurança prevista no artigo 6º da Carta de 1988. O objeto examinado se refere à estabilização das relações jurídicas e a pacificação social advinda da sedimentação das relações. Essa é a segurança relacionada com a inércia do credor, que não pode sujeitar o devedor a seu critério por um prazo eterno. A “segurança” prevista no artigo 6º, na verdade, está vinculada à noção de “segurança pública”, que deve ser garantida, por exemplo, pelas instituições policiais e pelas Forças Armadas.

AgRg no REsp. 1.187.623/RN, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.2.2014;

AgRg no REsp. 1.351.732/PR, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 4.12.2013; EDcl no AREsp. 188.582/RN, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 3.9.2012.

2. No caso dos autos, o benefício foi cancelado no mês de setembro de 2001, tendo sido proposta a ação somente em abril de 2008, o que torna inafastável a consumação do prazo prescricional.

3. Agravo Interno do ESTADO DO PARANÁ provido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1298762/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 11/05/2017)³³⁶.

Logo, considerando as disposições normativas presentes no artigo 1º do Decreto-Lei nº 20.910/1932 e no artigo 189 do Código Civil de 2002, sugeriu-se submeter a ação condenatória pensão por morte ao prazo prescricional de cinco anos, uma vez que: I) a segurança jurídica é um valor constitucional; II) a falta de pensão por morte não significa em abandono do dependente inerte.

336 BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. AgInt nos EDcl no REsp nº 1.298.762/PR, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201103018575&dt_publicacao=11/05/2017>. Acesso em: 06/03/2018.

Referências

Legislação constitucional e federal:

BRASIL. *Decreto-Lei nº 20.910/1932*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL, *Lei Ordinária nº 8.213/1991*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL, Anexo do Decreto nº 678/1992 (*Pacto de San José da Costa Rica*). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL, *Lei Ordinária nº 9.717/1998*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9717.htm>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL, *Lei Ordinária nº 10.887/2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.887.htm>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. *Código Civil* (Lei nº 10.406/2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL, *Código Penal* (Decreto-Lei nº 2.848/1940). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acessado em: 06/03/2018.

BRASIL. *Código de Processo Civil* (Lei nº 13.105/2015). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL, *Emenda Constitucional nº 20 de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL, *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* (Decreto-Lei nº 4.657/1942). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 06/03/2018.

Declaração Universal dos Direitos do Humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 06/03/2018.

Precedentes jurisprudenciais:

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 20160110670709APC. Disponível em: <[https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&ramoJuridico=&baseDados=\[BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS\]&argumentoDePesquisa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&indexacao=&tipoDeNumero=Processo&tipoDeRelator=TODO&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&numero=20160110670709&tipoDeData=DataPublicacao&dataFim=&dataInicio=&ementa=&orgaoJulgador=&filtroAcordaosPublicos=false&legislacao=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&ramoJuridico=&baseDados=[BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS]&argumentoDePesquisa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&indexacao=&tipoDeNumero=Processo&tipoDeRelator=TODO&camposSelecionados=[ESPELHO]&numero=20160110670709&tipoDeData=DataPublicacao&dataFim=&dataInicio=&ementa=&orgaoJulgador=&filtroAcordaosPublicos=false&legislacao=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1)>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática nos ERESP nº 1.269.726/MG..Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=61803128&num_registro=201200989264&data=20160606&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado Sumular nº 85 do STJ*. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=511>>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. EREsp nº 1.164.224/PR. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31282145&num_registro=201201746149&data=20131025&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. AgRg no AREsp nº 675.513/RS. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=48672075&num_registro=201500573958&data=20150805&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp nº 1.050.415/RS*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74273528&num_registro=201700222090&data=20170821&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.259.558/PE*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101302225&dt_publicacao=09/08/2017>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp nº 1.359.037/PB*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41420927&num_registro=201202678866&data=20150416&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. *AgRg no REsp nº 1.429.237/MA*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52535730&num_registro=201400052872&data=20151005&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. *AgRg no REsp nº 1.502.460/PR*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44877602&num_registro=201403276867&data=20150311&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.139.260/BA*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701782078&dt_publicacao=01/12/2017>. Acesso em 06/03/2018.

BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. *AgInt nos EDcl no REsp nº 1.298.762/PR*, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201103018575&dt_publicacao=11/05/2017>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp 1.551.155/PE*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400950456&dt_publicacao=05/12/2017>. Acesso em 06/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EResp nº 1.422.247/PE*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403262970&dt_publicacao=19/12/2016>. Acesso em 06/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 2.246/SP*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199000015952&dt_publicacao=23/04/1990>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 37.705/SP*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199300223020&dt_publicacao=17/06/1996>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. *REsp. nº 1.655.723/MG*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72490073&num_registro=201700378649&data=20170620&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.661.083/RS*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77125767&num_registro=201700599037&data=20171116&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. *REsp nº 1.661.602/SP*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71489010&num_registro=201700505291&data=20170517&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.655.723/MG*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700378649&dt_publicacao=20/06/2017>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.684.564/RJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701573796&dt_publicacao=16/10/2017>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.688.530/SP*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101302225&dt_publicacao=09/08/2017>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.698.470/MG*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78173749&num_registro=201702368678&data=20171219&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 06/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº. ARE 1.077.624 AgR. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14164238>>.

Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado Sumular nº 443 do STF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. HC nº 94.404/SP.. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612361>>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº. 110.419/SP. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=201500>>.

Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. Pet nº 3.388/RR. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 3.510/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>.

Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. RE nº 349.703. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 33*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1941>>. Acesso em: 06/03/2018.

Estudos doutrinários e demais referências :

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia do Direito*. I Panorama Histórico, II Tópicos Conceituais. 11ª Edição – revista e aumentada. São Paulo: Atlas, 2015.

AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 8ª Edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2016.

AMORIN FILHO, Agnelo. *Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Revista Forense Comemorativa 100 Anos*. Tomo V – Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANDRADE, Rogério Emilio de. *Democracia Social*. In: ANDRADE, Rogério E. de, SANTOS, André Luiz Lopes dos. *Direito e Política nos Marcos da Interdisciplinariedade*. Campinas: Edicapm, 2003.

AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. Vol. 3 – Ila Ilae. Tradução: Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Permanência, 2016.

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. V I – Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Hermenêutica Constitucional*. In: BARROSO, Luís Roberto; CLÈVE, Clèmerson Merlin (organizadores). *Doutrinas Essenciais Direito Constitucional*. Volume I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5ª Edição, 3ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2016.

BBC Brasil. REVERBEL, Paula. *Como é se aposentar no Chile, o 1º país a privatizar sua Previdência*. 16/05/2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-39931826>>. Acesso em: 06/03/2018.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Ética Jurídica: Ética geral e profissional*. 11ª Edição – revista, atualizada e modifica. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOMFIM, Benedito Calheiros. *A Visão Prospectiva do Direito na Obra de Pontes de Miranda*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém: Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. v. 35. n. 69. Jul. / dez. 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 23ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/museu/exposicoes-2012/10-anos-do-codigo-civil>>. Acesso em: 12/09/2017.

BRASIL, *Senado Federal*. Disponível em
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>.
Acesso em: 12/09/2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANCO, P. G; COELHO, I. M.; MENDES, G. F. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 96/98.

BRUM, Guilherme Valle; MORAIS, José Luis Bolzan. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CASTRO, Carlos Alberto de; LAZARRI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CASTRO, Carlos Roberto. *Dignidade da Pessoa Humana: O princípio dos princípios constitucionais*. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. V I – Parte Geral. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. V I. 17ª Edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 22ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

EMAGIS do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Miguel Reale e o Código Civil, “a Constituição do homem comum”*. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. V. 1. n. 1. Jan. / mar. 1990. Porto Alegre: O Tribunal, 1990.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V I – Parte Geral e LINDB. 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Edição. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERREIRA, Carolina Cutrupi; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem os Juízes?*. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Manual de Sociologia Jurídica. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, Ivette Senise. *Miguel Reale – Jurista*. In: MOTOYAMA, Shozo. *Cidadania e Cultura Brasileira: Homenagem aos 90 anos do professor Miguel Reale*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

G. JELLINECK, Allgemeines Staatslehre, 3ª Ed. *apud in*: BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JHERING, Rudolf Von. A Finalidade do Direito. Tomo I. Tradutor: HEDER K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002.

LAGRASTA NETO, Caetano. *Deontologia Jurídica*. In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 20, p. 339-345, dez./mar. 1997/1998. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/20266>>. Acesso em: 6 de março de 2018.

LIMONGI, Dante Braz. *O Projeto Político de Pontes de Miranda: Estado e Democracia na Obra de Pontes de Miranda*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 398/399.

MENEZES, Djacir. *Pontes de Miranda e a Evolução do Direito Brasileiro*. In: MATTOS, Heraldo de Souza (org.). *Perfis Biográficos*. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, 1997.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Tomo V – Eficácia Jurídica, Direitos, Ações. Atualizado por Marcos Bernades de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Volume I - Parte Geral. 42ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 4ª Edição em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral – Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013.

NERY, Rosa Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil Comentado*. 2ª Edição em e-book baseada na 12ª Edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NOGUEIRA, Rafael Moreira. Reflexões acerca da efetivação dos direitos sociais. In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte. V. 6, n. 25, jul. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30324>>. Acesso em: 6 de março de 2018.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Curso de Direito Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2015.

PAULA, Edycléia Tavares Nogueira de. *Pontes de Miranda: perfil de um cientista*. In: Revista da Procuradoria-Geral da República. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 1. Out / nov. / dez. 1992.

PENTEADO, Jaques de Camargo; RUFINO, Almir. Gasquez. *Grandes Juristas Brasileiros*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *As Restrições aos Direitos Fundamentais nas Relações Especiais de Sujeição*. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 652.

PESSOA, Robertônio Santos. *Constituição, democracia e burocracia: a formulação e a execução de políticas públicas*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29773>>. Acesso em: 6 de março de 2018.

REALE, Miguel. *A Filosofia do Direito e as Formas do Conhecimento Jurídico*. In: FACHIN, Edison; TEPEDINO, Gustavo. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. V. I – Obrigações: Estrutura e Dogmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. E-book baseada na 27ª Edição, 11ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Renato. *Ensaio Biográfico: Miguel Reale advogado*. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 10. N. 20. Jul. / dez. 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 7ª Edição. São Paulo: Forense, 2011.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradutor: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª Edição – revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Secretaria de Políticas de Previdência Social; Ministério da Previdência Social. Debates – Previdência Social: Reflexões e desafios. In: Coleção Previdência Social. Volume 30. 1ª Edição, 2009. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_100202-164641-248.pdf>. Acesso em: 06/03/2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª Edição – revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOARES, Orlando. *Curso de Filosofia Geral e Filosofia do Direito*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lório do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. 2ª Edição – revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. 4ª Edição. São Paulo: Noeses, 2010.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.